

CUANTÍA Y PROBABILIDAD SANCIONADORA ÓPTIMAS DADOS UNOS TRIBUNALES REACIOS AL CASTIGO (*)

Nuno GAROUPA

Universidad de Texas A&M

Resumen

La literatura económica sobre el delito y el castigo se ha centrado en la relación de intercambio existente entre la probabilidad y la severidad del castigo, y sugiere que la probabilidad de detección del autor de un hecho sancionable y la cuantía de la penalidad impuesta operan como sustitutos. Ahora bien, dicha literatura supone que los tribunales estarán dispuestos a imponer sanciones máximas. En el presente artículo se argumenta que, suponiendo unas instancias judiciales reticentes al castigo, la política óptima comporta la imposición de sanciones de inferior cuantía. El efecto sobre la probabilidad varía en función de los parámetros del modelo. En concreto, cuando existe una sustancial infraprevisión del delito debido a los elevados costes de detección y de imposición de castigos, la probabilidad también podría disminuir. Se analizan las implicaciones que esto tiene para las políticas públicas.

Palabras clave: delito, probabilidad y severidad de sanciones, imposición de la ley.

Abstract

The economic literature on crime and punishment focuses on the trade-off between probability and severity of punishment, and suggests that detection probability and fines are substitutes. However the literature assumes that courts are willing to enforce maximal fines. In this paper it is shown that, in presence of courts who dislike punishment, the optimal policy involves lower sanctions. The effect on the probability varies with the parameters of the model. In particular, when substantial underdeterrence caused by costly detection and punishment prevails, the probability might also go down. Policy implications are discussed.

Key words: crime, probability and severity of sanctions, law enforcement.

JEL classification: K40.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de que las tasas de delincuencia responden a un cálculo racional de riesgo y beneficio por parte de los actores se le denomina la hipótesis de la prevención (*deterrence hypothesis*). Dicha hipótesis afirma que los sujetos responden significativamente a los incentivos creados por el sistema de justicia penal. De ser cierto esto, aumentar los recursos que la sociedad destina a arrestar, juzgar y castigar a los delincuentes reducirá el número de delitos cometidos y el coste social de los mismos.

Supongamos que existe una clase de delito concreto que deseamos prevenir, por ejemplo, el aparcamiento ilegal. Sería posible reducir, o prácticamente erradicar, el aparcamiento ilegal imponiendo un castigo severo junto a una elevada probabilidad sancionadora. Sin embargo, prevenir el aparcamiento ilegal de este modo podría entrañar un problema de costes. Detectar, juzgar y castigar a los autores de hechos sancionables puede resultar caro. Los responsables políticos deberían poner en la balanza dichos costes y las ventajas de reducir el aparcamiento ilegal (Garoupa, 1997; Polinsky y Shavell, 2000).

En este artículo, el autor reconsidera la combinación «sanción elevada/probabilidad baja» postulada por Becker (1968), según la cual, a la hora de decidir si cometer o no un acto, los sujetos comparan los beneficios que dicho acto conlleva y el castigo esperado. El castigo esperado viene dado por el resultado de multiplicar una sanción monetaria por la probabilidad de detección y de ser castigado. Una sanción constituye una transferencia monetaria gratuita desde el sujeto condenado al Estado. Por contraste, la detección resulta costosa. En consecuencia, a fin de conseguir una prevención óptima, el Estado debería fijar la cuantía de la sanción según el patrimonio total del delincuente y complementarla con la probabilidad apropiada. Esta combinación «sanción elevada/probabilidad baja» nos lleva al siguiente razonamiento: si la riqueza de los sujetos aumenta, el Estado debería elevar la cuantía de la sanción y, al mismo tiempo, reducir la probabilidad de detección. De ese modo, se sigue asegurando una prevención óptima, pero se ahorran recursos destinados a la imposición efectiva de la ley.

Garoupa (2001) ya demostró que este corolario (la sustituibilidad entre la cuantía de la sanción y la probabilidad de ser sancionado) solo se cumple si el óptimo social contempla una prevención del delito

prácticamente total. De existir una sustancial infraprevención de la delincuencia (la sanción esperada es significativamente más baja que el daño social causado por el delito), entre las dos variables se da una relación de complementariedad. Conforme la sanción aumenta, también debería aumentar la probabilidad de detección.

Para entender este resultado, consideremos un caso bastante extremo, en el que el patrimonio del agente es cero. En este caso, la cuantía de la sanción es cero y el valor preventivo es nulo. Así, no tiene sentido en absoluto gastar dinero en perseguir el delito. Conforme aumenta la riqueza de los agentes, también lo hace la cuantía de las sanciones. Ahora ya sí compensa que el Estado se dedique activamente a detectar y castigar las infracciones.

En consecuencia, encontramos una relación complementaria entre sanciones y probabilidad cuando existe una infraprevención considerable (dicho de otro modo, cuando los delincuentes son pobres). Esto contrasta con la sustituibilidad convencional que se cumple si la cuantía de la sanción esperada es pareja al daño social causado por el delito.

El análisis estándar asume implícitamente que los tribunales están dispuestos a implementar sanciones «beckerianas». Sin embargo, supongamos que, al impartir justicia, los tribunales son reacios a imponer castigos severos. Las sanciones máximas podrían inducir un efecto contradictorio. Los tribunales podrían optar por absolver en lugar de castigar con penas extremadamente severas. También podrían considerar la opción de procesar al acusado por un delito más leve para así graduar el castigo aparejado. Claramente, en tales situaciones el castigo severo deja de ser efectivo. Las sanciones deberían ser inferiores para tener en cuenta las preferencias de los tribunales. El impacto sobre la probabilidad sigue el análisis de Garoupa (2001).

Un ejemplo numérico puede arrojar luz sobre las implicaciones del presente análisis. Supongamos que un determinado delito genera un daño valorado en 100. La cuantía máxima de la sanción es de 1.000. Aplicando el principio del multiplicador (que elimina la infraprevención), la probabilidad debería ser igual a 10 por 100. No obstante, debido a los costes aparejados a la imposición de la ley (*enforcement*), la probabilidad óptima debería situarse por debajo del 10 por 100. En un mundo en el que los jueces y tribunales reniegan del castigo y pueden optar por absolver en lugar de condenar, la sanción máxima no puede aplicarse de forma efectiva. Supongamos que la sanción máxima que

los tribunales están dispuestos a aplicar es de 500. Según el principio del multiplicador, ahora la probabilidad debería ser de 20 por 100. En el presente artículo mostramos, siguiendo a Garoupa (2001), que la probabilidad óptima podría de hecho estar por debajo del 10 por 100 debido a los costes de *enforcement*. Cuando se da este resultado, no solo disminuye la severidad del castigo debido a las preferencias judiciales, sino que la probabilidad también desciende en orden a maximizar el bienestar social. En consecuencia, es posible afirmar que, cuando los tribunales son reacios al castigo, puede darse una considerable infraprevención.

El artículo se estructura del siguiente modo: tras la introducción, la sección dos contiene el desarrollo matemático que sustenta los resultados; las aplicaciones y los comentarios finales se presentan en la tercera sección.

II. EL MODELO

Los sujetos con un perfil neutral respecto al riesgo escogen cometer o no un acto que beneficia a su autor en b y perjudica al resto de la sociedad en h . Los responsables de políticas no conocen la b de ningún sujeto, pero sí cuál es la distribución por tipos de agentes especificada por una función general de densidad $g(b)$ con soporte $[0, \infty)$, una distribución acumulada $G(b)$. Algunos actos son socialmente beneficiosos: $h < \infty$.

El Estado elige por su parte una cuantía de sanción f y una probabilidad de detección y condena de p . El gasto necesario en detección y condena a fin de alcanzar una probabilidad p viene dado por $x(p)$, donde $x' > 0$ y $x \ll 0$. La sanción máxima factible es F , que puede verse como análoga a la riqueza máxima de los sujetos. También asumimos que la imposición y el cobro de sanciones no entrañan coste alguno.

La función objetiva a maximizar es la suma de los beneficios obtenidos por los sujetos menos el daño causado por sus actos y los costes de aplicación del derecho penal (Polinsky y Shavell, 2000).

Los sujetos neutrales respecto al riesgo cometen un delito si, y solo si, $b \geq pf$. Tomando en cuenta la elección de cada sujeto de comportarse de forma honrada o delictiva, el bienestar social es igual a:

$$W = \int_{pf}^{\infty} (b-h)dG(b) - x(p)$$

El Estado maximiza la función de bienestar respecto a f (severidad del castigo) y a p (probabilidad del castigo) sujeto a la condición $f \leq F$. Estudiamos soluciones no triviales. Por tanto, ignoramos las siguientes restricciones: $f \geq 0$ y $0 \leq p \leq 1$. Suponemos que estas restricciones no son vinculantes. El presupuesto del sector público se financia a través de los ingresos tributarios que se pagan de una sola vez.

Proposición 1

- (1) La sanción óptima es la sanción máxima F .
- (2) La probabilidad óptima de detección y condena p^* satisface $F(h - p^*F)g(p^*F) = x'(p^*)$.
- (3) Cierta infraprevención es óptima: $p^*F < h$.

Prueba de la proposición 1

Véase Garoupa (2001).

Esta proposición introduce formalmente el argumento postulado por Becker.

Supongamos ahora que los tribunales no se muestran dispuestos a aplicar una sanción superior a F' . En otras palabras, si la sanción óptima es mayor que F' , los tribunales preferirán absolver a condenar (1).

Proposición 2

- (1) La sanción óptima es la sanción preferida por el tribunal y equivale a F' .
- (2) La probabilidad óptima de detección y condena p' satisface $F'(h - p'F')g(p'F') = x'(p')$.
- (3) Cierta infraprevención siguen siendo óptima: $p'F' < h$.

Prueba de la proposición 2

Supongamos que el Estado decreta que la sanción máxima es F . Los tribunales absolverán a los delincuentes y el bienestar social será mínimo, con la sanción esperada igual a cero. En consecuencia, siguiendo el mismo razonamiento de la Proposición 1, la cuantía de la sanción óptima debería ser F' y la probabilidad ajustarse convenientemente.

La indisposición de los tribunales a imponer castigos severos obliga a que las sanciones se rebajen. La pregunta que se deriva de ello es en qué medida aumenta la probabilidad para compensar: ¿es p^* mayor o menor que p' ?

Sabemos por Garoupa (2001) que la probabilidad óptima no disminuye necesariamente conforme aumentan las sanciones. Supongamos por un momento que el coste marginal del castigo es cero. Sabemos que $p^*F = p'F' = h$. Por consiguiente, cuando el coste marginal del castigo es cero, no se cumple necesariamente que $p^* < p'$. Por analogía de razonamiento, para que $p^* > p'$ sea una posibilidad, debe cumplirse que el valor del coste marginal del castigo sea significativamente relevante. Al igual que en Garoupa (2001), esa podría ser la consecuencia de una reducción de las sanciones que convierta a la detección en relativamente más cara (2).

Si la sanción original es elevada, el nivel de prevención es igualmente alto y la diferencia entre la internalización plena del daño y la prevención óptima es pequeña. Cuando la sanción es baja, la probabilidad p debería elevarse, dando como resultado el mismo nivel de prevención, pero con unos costes de *enforcement* superiores. Esta es la relación de intercambio enunciada por Becker.

No obstante, si la nueva sanción es muy baja, el nivel de prevención es asimismo muy bajo. En ese caso, un descenso de la cuantía de la sanción disminuye considerablemente el valor disuasorio de cualquier probabilidad dada, y, por tanto, hace que resulte más rentable simplemente reducir p . Así, en este rango de parámetros, la probabilidad y la magnitud de las sanciones son variables complementarias en vez de sustitutivas.

Resumiendo, cuando los tribunales son propensos a no castigar, podríamos observar reducciones simultáneas de la severidad y la probabilidad del castigo.

Consideremos ahora la siguiente extensión del modelo. Supongamos que los tribunales que muestran poca disposición a aplicar una sanción superior a F' son solo un porcentaje del total, representado por β . Dicho de otro modo, si la sanción óptima es mayor que F' , una fracción β de los tribunales preferirá absolver a condenar.

Por un momento, planteémonos el caso de que el *enforcement* no entraña coste alguno. Por la premisa utilizada, sabemos que la sanción esperada

igual al daño. Por tanto, el Estado debe optar por una de las dos siguientes soluciones:

(a) Solución A: la sanción es igual a F' y la probabilidad es simplemente h/F' .

(b) Solución B: la sanción es igual a F , la sanción media es $(1-\beta)F$ debido a que el porcentaje β restante de tribunales establecen una sanción de cero y la probabilidad es $h/(1-\beta)F$.

Proposición 3

Cuando el *enforcement* no entraña coste alguno,

(1) El Estado es indiferente entre una solución A y otra solución B.

(2) La probabilidad óptima de detección es menor en la solución A si $\beta > 1 - F'/F$.

(3) Existe prevención absoluta.

Prueba de la proposición 3

Puesto que el *enforcement* no entraña ningún coste y ambas soluciones garantizan que la sanción esperada iguala el daño, son equivalentes. La diferencia entre las probabilidades de detección está determinada por F' y $(1-\beta)F$.

Si el porcentaje de tribunales con aversión a aplicar castigos es elevado, F' es mayor que $(1-\beta)F$ y, por consiguiente, la probabilidad es más baja en la solución A. Lo contrario sucede si el porcentaje de tribunales reacios al castigo es bajo.

Cuando el *enforcement* resulta caro, los resultados son más intrincados, ya que las probabilidades óptimas deberían tener en consideración los costes de *enforcement*. No obstante, podemos dejarnos guiar por nuestra intuición. Por un momento, supongamos que la prevención absoluta sigue siendo el óptimo. El Estado debería favorecer una solución A cuando la probabilidad es inferior, esto es, cuando F' es mayor que $(1-\beta)F$. En el resto de casos, el Estado debería favorecer la solución B.

Podemos ofrecer una interpretación inmediata de las principales conclusiones. Supongamos, inicialmente, que un gran número de tribunales se muestran reticentes a castigar. Entonces, la solución A es más apropiada, con una sanción menos

severa expresada por F' (inferior a F) y una menor probabilidad expresada por h/F' . A medida que pasa el tiempo, imaginemos que el Estado privilegia en su selección a jueces proclives al castigo, o supongamos que el anuncio de una postura más draconiana en la aplicación de la ley induzca un patrón de autoselección por el que aquellas personas con una pauta más proclive al castigo tienen más probabilidades de llegar a convertirse en jueces. En cierto punto, se cruza el umbral $1 - F'/F$. Ahora, la solución B es más apropiada. La sanción máxima debería imponerse (aun cuando un pequeño porcentaje β se desviarán y absolverán a los autores de hechos sancionables). La probabilidad viene dada por $h/(1-\beta)F$.

Otra forma de observar nuestra interpretación sugerida es diciendo que a medida que un mayor número de tribunales renuncian al castigo, las sanciones disminuyen y la probabilidad aumenta, inicialmente como función de β y más tarde simplemente expresada por h/F' .

A medida que las probabilidades deben ajustarse para reflejar una prevención incompleta tal y como muestra la Proposición 2, siguiendo a Garoupa (2001), la política óptima exige necesariamente aplicar un planteamiento más matizado.

III. APLICACIONES Y COMENTARIOS FINALES

En el presente artículo, se expone que cuando los tribunales son aversos al castigo, las sanciones tienden naturalmente a descender. También se argumenta que la relación de intercambio entre probabilidad sancionadora y severidad del castigo impuesto podría no ser compatible con una aplicación óptima de la ley en aquellos casos en que se da una infraprevención sustancial. Cuando las sanciones son lo suficientemente elevadas, nos acercamos a una prevención total (la externalidad negativa es plenamente internalizada por el actor). A medida que disminuye la cuantía de la sanción, la probabilidad debe elevarse para conseguir el mismo nivel de prevención, pero con unos costes de *enforcement* más significativos. No obstante, cuando las sanciones son bajas, se produce una considerable infraprevención. Al disminuir las sanciones, también debería reducirse la probabilidad, con lo que se generan nuevas pérdidas en la capacidad de prevención del delito.

Existen importantes aplicaciones a partir del modelo básico desarrollado en el presente. Primero,

la reforma del derecho penal no puede ser ajena al grado de predisposición de los jueces a imponer sanciones más duras. Según nuestro análisis, unas sanciones severas podrían inducir más absoluciones, erosionando de ese modo las reformas que buscan una mayor rigurosidad en la aplicación de la ley. Segundo, los resultados sugieren una considerable preocupación sobre la economía política de la cuantía de las sanciones penales. La prevalencia de jueces liberales opuestos a imponer castigos severos, al combinarse con una postura draconiana a favor de la aplicación de la ley por parte del Estado, podría redundar simultáneamente en una reducción de la probabilidad y la severidad del castigo. Tercero, las preferencias judiciales pueden menoscabar las directrices sentenciadoras de los tribunales y otras políticas sancionadoras generales, provocando efectos adversos en la prevención de la delincuencia.

Otro campo de aplicación de estos resultados es la regulación. La discrepancia entre los reguladores y los tribunales acerca de la cuantía adecuada de las sanciones podría reducir no solo la pena regulatoria efectivamente aplicada, sino también los incentivos a imponer el cumplimiento de la regulación. Cuando los reguladores son más exigentes que los tribunales, podríamos terminar con menores sanciones y probabilidades más bajas en contextos

de significativa infraprevisión. De hecho, nuestro análisis sugiere que el hecho de que las decisiones regulatorias se vean con frecuencia revocadas por las sentencias judiciales, como hemos observado en algunas jurisdicciones, no puede solucionarse con una escalada al alza de las sanciones.

NOTAS

(*) El autor agradece las valiosas sugerencias de los participantes en el seminario organizado por Funcas. Rigen los descargos y exoneraciones de responsabilidad habituales.

(1) Este es un modelo de aplicación del derecho penal con falsos negativos. A diferencia de la literatura precedente (POLINSKY y SHAVELL, 2000) donde los falsos negativos son exógenos, en esta versión son endógenos a la política sancionadora.

(2) Matemáticamente, obsérvese que el coste marginal $x'(\rho)$ se divide entre $g(pff)$.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, G. S. (1968), «Crime and punishment: an economic approach», *Journal of Political Economy*, 76: 169-217.
- GAROUPA, N. (1997), «The theory of optimal law enforcement», *Journal of Economic Surveys*, 11: 267-295.
- (2001), «Optimal magnitude and probability of fine», *European Economic Review*, 45: 1765-1771.
- POLINSKY, A. M., y SHAVELL, S. (2000), «The economic theory of public enforcement of law», *Journal of Economic Literature*, 38: 45-77.