

El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?*

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Universidad de León

SUMARIO: I. El problema: la «racionalidad» de la decisión judicial.–II. Marco político: Derecho Penal y Estado intervencionista.–III. Justicia y eficiencia.–IV. Contenido mínimo de justicia de toda decisión.–V. Eficiencia y criterios jurídico-penales de imputación.–VI. La distribución eficiente de costes.–VII. Algunas dificultades para la distribución eficiente.–VIII. Conclusiones.

I. EL PROBLEMA: LA «RACIONALIDAD» DE LA DECISIÓN JUDICIAL

1. El análisis económico del Derecho ha sido utilizado hasta hoy fundamentalmente en la evaluación externa de las regulaciones jurídicas: esto es, en un examen guiado exclusivamente por criterios de naturaleza

(*) Texto revisado y con referencias bibliográficas de la ponencia presentada en el «Encuentro sobre Análisis Económico del Derecho» celebrado en el Instituto de Derecho y Economía de la Universidad Carlos III de Madrid (9/10 de junio de 1994). Agradezco al Profesor Dr. Miguel Díaz y García, así como a quienes asistieron al Encuentro, sus interesantes comentarios sobre el texto inicial. El trabajo fue elaborado sobre la base del código ya derogado; no obstante, dada su virtualidad general, me parece que todo lo dicho sigue siendo aplicable con el nuevo CP (naturalmente, sustitui-

económica –de eficiente asignación de recursos–, o a lo sumo también políticos –por ejemplo, de equidad en la distribución de los mismos– (1); sin tomar en consideración, por tanto, las limitaciones de carácter normativo –intrajurídico– para ese examen (2). Esto significa, en resumidas

yendo las referencias al antiguo art. 347 bis CP-1944 por las correspondientes al art. 325 CP ahora vigente).

Por otra parte, las siguientes abreviaturas específicas –además de las habituales en la doctrina penal– son utilizadas a lo largo del trabajo: *ADC* (*Anuario de Derecho Civil*, cit. por año); *HarvLR* (*Harvard Law Review*, cit. por tomo y año); *JLE* (*Journal of Law and Economics*, cit. por tomo y año); *JLS* (*Journal of Legal Studies*, cit. por año); *JPE* (*Journal of Political Economy*, cit. por año); *PD* (*Política del Derecho*, cit. por año); *PenE* (*Pena y Estado*, cit. por año); *RCEC* (*Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, cit. por núm. y año); *RDP* (*Revista de Derecho Político*, cit. por núm. y año); *Rechtsth.* (*Rechtstheorie*, cit. por tomo y año); *REDC* (*Revista Española de Derecho Constitucional*, cit. por núm. y año); *SD* (*Sociologia del Diritto*, cit. por año).

(1) Cfr., por lo que se refiere al campo penal, BECKER, «Crime and punishment», *JPE* 1968, pp. 169 ss.; STIGLER, «The optimum enforcement of laws», *JPE* 1970, pp. 526 ss.; POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2.^a ed., 1977, pp. 163 ss.; el mismo, *The Economics of Justice*, 2.^a ed., 1983, pp. 203 ss.; PASTOR, *Sistema jurídico y economía*, 1989, pp. 167 ss. Pero los estudiosos del análisis económico del Derecho han unido generalmente el Derecho Penal con otras técnicas de atribución de responsabilidad (Derecho Administrativo sancionador, responsabilidad civil extracontractual, ...) en un único campo de estudio, por entender que las sustanciales diferencias que existen entre dichas técnicas jurídicas en el plano de la estructura interna no alteran la unidad de sus efectos –sobre todo, económicos– sobre el comportamiento de los agentes sociales. Cfr. además, por ello, en relación con el problema general del «Derecho de la responsabilidad», CALABRESI/MELAMED, «Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral», *HarvLR* 85 (1972), pp. 1105-1110; CALABRESI, «La responsabilit... civile come Diritto della societ... mista», *PD* 1978, pp. 665 ss.; el mismo, *El coste de los accidentes* (trad. de J. BISBAL), 1984, *passim*; POSNER, «A theory of negligence», *JLS* 1972, pp. 29 ss., *passim*; el mismo, «Strict liability», *JLS* 1973, pp. 205 ss.; el mismo, *Economic Analysis*, 1977, pp. 119 ss.; el mismo, *Justice*, 1983, pp. 192 ss.; «La economía política como jurisprudencia racional», *ADC* 1981, pp. 654-664; POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (trad. de J. M. ÁLVAREZ FLÓREZ), 1985, pp. 53 ss., 82 ss., 112 ss.

(2) Pues aun cuando el Derecho es ciertamente un instrumento más para la resolución de los conflictos sociales, y constituye por ello también un instrumento de carácter político (*vid.*, por todos, ATIENZA, *Introducción al Derecho*, 1985, pp. 61 ss.), se trata de un instrumento de naturaleza peculiar: a saber, su carácter netamente formalizado y el énfasis en la seguridad y predecibilidad de sus decisiones (ATIENZA, *op. cit.*, pp. 115-119) obligan a reconocer en las mismas constricciones que resultarían irrelevantes –o, al menos, mucho menos relevantes– en otros métodos de decisión. Piénsese, por ejemplo, en las exigencias que imponen principios y directrices como los de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, proporcionalidad en las consecuencias jurídicas, etc. De esta manera, cuando se adopta una perspectiva intrajurídica (centrada, por tanto, sobre todo en la aplicación del Derecho vigente) las consideraciones políticas subyacentes al análisis económico del Derecho –como a otras muchas corrientes que pretenden renovar el pensamiento sobre el Derecho– han de ser sometidas a sustanciales matizaciones. En lo que sigue se expondrán algunas de ellas.

cuentas, que las aportaciones del análisis económico del Derecho a la materia de las regulaciones jurídicas (en nuestro caso, de las regulaciones penales) han venido siendo mucho más pertinentes de cara a los debates de la Política Jurídica (definición de los objetivos del Ordenamiento jurídico y enjuiciamiento crítico del Derecho vigente a la luz de estos objetivos, con vistas a su posible modificación) que para los de la Dogmática (interpretación y aplicación actual del Derecho vigente).

Y, sin embargo, parece llegado el momento de que esta situación cambie. Pues, en efecto, existen ya instrumentos conceptuales suficientes en la moderna Metodología de la Dogmática jurídica para dar un nuevo paso adelante: la introducción de consideraciones de carácter económico en la interpretación misma de las leyes, algo que parece indicado por la propia naturaleza del proceso de aplicación de las normas. Es más, como se intentará demostrar a lo largo de este trabajo, lo cierto es que, de hecho, los jueces que aplican el Derecho –también el Derecho Penal– toman en cuenta ya factores de esta índole. Y urge, por ello, proceder a una reconstrucción metodológicamente fundamentada del procedimiento correcto para realizar dicha toma en consideración, garantizando así que la aplicación de criterios de eficiencia resulte –primero– racional y –segundo– acorde a los principios valorativos básicos del Ordenamiento (3).

2. Decía que, en efecto, se dan ya hoy en buena medida las condiciones para que podamos explicitar también consideraciones sobre la eficiente asignación de los (escasos) recursos sociales (4) a la hora de interpretar las normas. Y es que la perspectiva metodológica dominante hoy en la interpretación de las normas jurídicas reconoce ya sin problemas algunos hechos, hasta ayer ocultos bajo el velo del «dogma positi-

(3) Dos son, pues, los parámetros para enjuiciar la corrección o incorrección (material, no nos referiremos aquí a la cuestión de la corrección formal –lógica, procesal, sistemática,...–, sobre la que ya ha centrado suficientemente su atención la Dogmática jurídica) de la decisión judicial: primero, un control de racionalidad, dirigido a contrastar el encaje de la decisión con la realidad a la que se refiere (la adecuación de los medios empleados –decisión judicial– a los fines perseguidos); y, en segundo lugar, un control de justicia, que pretende comprobar la legitimidad de los fines que la decisión persigue.

(4) En efecto, el punto de partida de cualquier consideración económica de la realidad es la constatación del hecho de que los recursos son escasos y exigen, por ello, una administración eficiente, que resulte socialmente satisfactoria: *vid.*, por todos, MADDALA/MILLER, *Microeconomía* (trad. de J. CORO PANDO/A. CUÉ MANCERO), 1991, pp. 5-7. Pero es que este hecho es una ineludible realidad en cualquier aspecto de la realidad jurídica al que nos acerquemos: las decisiones sobre hurtos o sobre arrendamientos, sobre medio ambiente o sobre tributos, pretenden siempre administrar correctamente unos bienes (cosas, dinero, calidad de vida, etc.) que resultan escasos y disputados. *Vid.* también, al respecto, CALABRESI/BOBBIT, *Scelte tragiche* (trad. italiana de C. M. MAZZONI/V. VARANO), 1986, pp. 3-13.

vista»: (1.º) que la interpretación y aplicación de las normas a casos reales por parte de los jueces implica necesariamente elementos de decisión; (2.º) que tal componente decisionista de la aplicación del Derecho no es lógicamente derivable de la norma misma, sino que ha de fundamentarse en argumentos autónomos, que sean racionalmente controlables y coherentes con el contexto valorativo constituido por el Ordenamiento jurídico, y (3.º) que el juez se ve obligado en muchos casos a adaptar a la realidad social (empírica y valorativa), y de este modo también a las convicciones ideológicas dominantes, la norma, dada la habitual discrepancia entre el telos actuante en el momento de la formación de la misma y el dominante en el momento de su aplicación (5). De este modo, dentro de este contexto argumentativo (si bien, como vamos a ver, se trata de un proceso limitado por determinadas reglas y principios) es posible –e incluso necesario– introducir también argumentos referidos a la eficiente asignación de los recursos sociales, a la hora de adoptar una decisión sobre algún caso concreto (6).

3. En concreto, me propongo describir aquí, al menos en sus líneas generales, un posible modelo –novedoso, en lo que alcanzo a ver– de toma en consideración de esta clase de argumentos en un campo muy concreto: el de la delimitación de la conducta negligente en Derecho Penal, y señaladamente en el ámbito de las actividades peligrosas para intereses penalmente protegidos –bienes jurídicos–. Y, sobre todo, señalar las relaciones que dicho modelo ha de guardar con otros factores que inciden en la legitimidad, desde el punto de vista del Ordenamiento, de la decisión judicial.

II. MARCO POLÍTICO: DERECHO PENAL Y ESTADO INTERVENCIÓNISTA

1. Punto de partida para esa descripción ha de ser una correcta comprensión de la forma en la que el Derecho Penal actúa. El primer dato para ello es el de que el Derecho Penal está estructurado esencialmente como un Derecho protector, conservador (naturalmente, el calificativo no es aquí político, sino funcional): en esencia, se trata de proteger determinados intereses considerados social y jurídicamente como valiosos y merecedores de protección –bienes jurídicos–. Es decir, que el Derecho Penal está dirigido fundamentalmente a garantizar la intangibi-

(5) *Vid.*, por todos, HASSEMER, «Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz», en Kaufmann/Hassemer (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 5.ª ed., 1989, pp. 213, 223-224, 229-232.

(6) CASALMIGLIA, «Justicia, eficiencia y Derecho», en *RCEC* 1 (1988), pp. 327-328.

lidad efectiva (la intangibilidad de principio suele estar constitucionalmente reconocida) de dichos intereses, frente a las eventuales intromisiones de terceros (individuos). Esta función esencialmente protectora y conservadora del Derecho Penal condiciona en grado sumo todas sus características (7).

2. De cualquier forma, la idea de protección de los bienes jurídicos no tiene, al menos hoy —y probablemente nunca la tuvo—, una vigencia ilimitada e incondicional (8). De hecho, cualquiera que fuese en cada momento y lugar el modelo económico, el sistema social y el régimen político, ha habido siempre límites expresos y tácitos a la vigencia de esa función de protección: surgieron así las causas de justificación, casi siempre basadas en la idea de concurrencia de intereses preponderantes (así, la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida,...) (9).

No obstante, lo peculiar de los tiempos actuales (en realidad, de todo el proceso industrializador, ya desde el pasado siglo, aunque las consecuencias del nuevo paradigma de la antijuridicidad penal no han empezado a comprenderse en toda su magnitud hasta la segunda mitad de éste) es que las limitaciones a la función protectora de bienes jurídicos, tradicionalmente atribuida al Derecho Penal, pasan de concebirse como excepcionales a concebirse como normales. Aun debiendo advertirse desde un comienzo que dicha diferencia de calificación es, desde luego, altamente relativa —pragmática, y no esencial— (10), lo cierto es que significa, en suma, un cambio de paradigma (11): según la nueva concepción, no es que los bienes jurídico-penalmente protegidos merezcan una protección absoluta, que sólo en alguna ocasión (ocasiones derivadas fundamentalmente de circunstancias especialísimas del caso concreto) se ve restringida; al contrario, en el nuevo mo-

(7) *Vid.*, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 1992, pp. 8-9; SCHÜNE-MANN, «Strafrechtssystem und Kriminalpolitik», *R. Schmitt-Fest.*, 1992, pp. 127-128.

(8) *Vid.*, al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cap. 3-XI.

(9) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 10.

(10) Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 10-II.

(11) En el sentido que KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas* (trad. de A. CONTÍN), 1971, pp. 136-148, 176 ss., otorgaba a este término: es decir, significa una reconstitución del concepto de antijuridicidad; reconstitución que no es totalmente novedosa en cuanto a sus elementos, pero sí por lo que se refiere a la estructura que adopta la combinación entre los mismos. Se habla hoy así ya de un «Derecho Penal de la sociedad del riesgo» (HILGENDORF, Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft»?), *NSfZ* 1993, pp. 10 ss., *passim*; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 149 ss.; Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, pp. 3 ss.), concepto sin duda ambiguo (cfr. KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *GA* 1994, pp. 357 ss.), pero que pretende resumir las implicaciones —a alguna de las cuales me refiero yo aquí— de dicho cambio de paradigma.

delo la protección que merecen los bienes jurídicos ha de conjugarse necesariamente en todos los casos con otros intereses propios del Estado o de sus ciudadanos (Estado social e intervencionista, garante del bienestar) (12).

3. Se incluye de este modo (aunque sin reconocerlo abiertamente) el Derecho Penal también entre los instrumentos del nuevo «Estado del Bienestar», perdiendo el mismo en las sociedades industrializadas su tradicional papel meramente garantístico –Estado gendarme–, propio de la ideología liberal decimonónica. Y ello ha tenido sin duda algunas importantes consecuencias en la evolución del Derecho Penal, muchas de las cuales no pueden ser exploradas aquí: sometimiento del Derecho Penal a las tensiones propias de los procesos de decisión colectiva, utilización simbólica de su instrumental coercitivo, creación de nuevos bienes jurídicos (bienes jurídicos de titularidad supraindividual, bienes jurídicos de aseguramiento) y expansión de nuevas técnicas de tutela (delitos de peligro,...), etc. (13).

Sí que nos interesan ahora, sin embargo, dos de esas consecuencias –unidas entre sí estrechamente–, que afectan de modo específico al proceso de aplicación de las normas penales, que aquí examinamos. La primera de ellas es la de que dicha aplicación de las normas se convierte en una (parte más de la) actividad de gestión propia del Estado intervencionista: el juez, que no se limita desde luego a aplicar automáticamente la ley, sino que ha de decidir la solución idónea de entre las compatibles con el tenor literal del tipo legal (14), se ve requerido socialmente además a que dicha decisión sea la más coherente con los principios rectores de la política social (en materia de sexualidad, de protección de la familia, de

(12) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XI.

(13) Cfr., sobre todo ello, HASSEMER, «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos» (trad. de E. Larrauri), en *PenE* 1991, pp. 23 ss., *passim*; el mismo, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno» (trad. de E. Larrauri), en *ADP* 1992, pp. 235 ss., *passim*; el mismo, *Produktverantwortung*, 1994, pp. 1-24; PRITTWITZ, «Funktionalisierung des Strafrechts», *StV* 1991, pp. 435 ss., *passim*; el mismo, *Risiko*, 1993, pp. 236 ss.; ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *StV* 1994, pp. 265 ss., *passim*.

(14) Doy por supuesto, pues, en todo lo que sigue que se ha de salvaguardar siempre lo exigido por el principio de legalidad penal, en cuanto al respeto por el tenor literal de los tipos. No obstante, y como en otro lugar he estudiado con mayor detenimiento (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-II, con ulteriores referencias), dicho respeto es perfectamente compatible con soluciones materialmente diversas, ya que el tenor literal del tipo, en su función garantística [ROXIN, *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. de F. Muñoz Conde), 1972, p. 40], suele establecer ciertas condiciones mínimas para la declaración de tipicidad, pero no las condiciones máximas –aunque dé orientaciones al respecto–, que son decididas por el intérprete. Cfr., en el mismo sentido, MÜLLER, *Juristische Methodik*, 5.^a ed., 1993, p. 183.

la infancia, del medio ambiente, de desarrollo económico,...) (15); se convierte, por tanto, en una especie de gestor, cuyas decisiones –las sentencias penales– tienen también innegables consecuencias sociales. Piénsese solamente en las consecuencias que una decisión en materia de delincuencia medioambiental o de protección de los consumidores puede tener. De este modo, su decisión no es enjuiciada únicamente (al menos socialmente, por más que los operadores jurídicos tradicionales intenten seguir cerrando los ojos a esta realidad) por la adecuación al texto legal o a la normativa constitucional expresa, sino que también lo es según que dé o no una respuesta satisfactoria desde el punto de vista político a las necesidades sociales subyacentes al delito y/o al proceso de victimización (16).

En segundo lugar, consecuencia directa de lo anterior, en lo que al juicio de antijuridicidad penal se refiere, es que el punto en el que las actividades peligrosas para bienes jurídico-penalmente protegidos se vuelven penalmente ilícitas no aparece ya, en absoluto, como evidente. Por el contrario, dicho límite entre lo penalmente prohibido y lo penalmente atípico es la principal sede sistemática –dentro de la estructura del delito– en la que ha de sustanciarse el conflicto subyacente antes enunciado (17). El juez se convierte así, entre otras cosas, en gestor del riesgo permitido (del riesgo penalmente permitido), debiendo fijar, para una situación concreta –la del caso enjuiciado–, el nivel máximo de riesgo que puede derivarse de una conducta sin que la misma se convierta en prohibida, y traduciendo esa concurrencia de necesidades sociales diversas en una interpretación del tipo penal y en la subsunción o no de un caso en el mismo.

(15) CASALMIGLIA, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa* 13 (1993), p. 166; ALBRECHT, *StV* 1994, pp. 267-269.

(16) Puede pensarse en ejemplos de completa actualidad: las decisiones en relación con el procesamiento de ex altos funcionarios conectados con el fenómeno del «síndrome tóxico», o las resoluciones judiciales acerca del accidente de la presa de Tous, o los casos de enjuiciamiento de presuntos responsables de delitos contra el medio ambiente en el parque natural de Doñana,... En todos estos casos el aspecto estrictamente técnico de las decisiones (limitado al respeto a ciertos principios formales limitadores de la posibilidad de ejercitar procesalmente el *ius puniendi*) ha quedado postergado en la opinión pública en favor de otros aspectos, referidos a la justicia material de la solución. Ello, desde luego, está causado en parte por desconocimiento, pero también por esa politización del Derecho Penal de la que vengo hablando. Y el fenómeno parece irreversible: por ello, los penalistas deberíamos asumir este hecho, procurando limitar en lo posible los efectos perniciosos –que sin duda existen– de dicha politización (y no es el menor de ellos el de la sujeción a movimientos populistas: ALBRECHT, *StV* 1994, pp. 265 ss., *passim*), a través de una racionalización del componente de decisión política inherente a toda decisión penal.

(17) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XI.

Examinemos un ejemplo de lo anterior (18): si acudimos a nuestro CP, observaremos que, en materia de delincuencia medioambiental, el artículo 347 bis define la conducta delictiva como aquella que «contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles». El tenor literal que acabo de enunciar podría significar, en principio, lo siguiente: que cualquier vertido objetivamente muy peligroso para el medio ambiente (para la salud humana, para la vida animal o vegetal, o para el equilibrio de un ecosistema) constituye un delito, penado con arresto mayor y multa. Y, sin embargo, ello no es automáticamente así: desde el punto de vista dogmático, al menos dos conceptos (la exigencia de una infracción de las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente y la necesaria gravedad del peligro) admiten muy diversas interpretaciones (19). Y, lo que ahora nos interesa más, desde el punto de vista de la «racionalidad social» –si es que se puede hablar así–, dichos puntos de anclaje dogmáticos son utilizados para reconsiderar en cada caso la conveniencia o no de acudir a la sanción penal, dada la repercusión de dicha decisión sobre intereses altamente valorados por las ideologías socialmente dominantes (desarrollo económico, libertad de empresa, propiedad privada, «ahorro energético»,...). Es decir, para adoptar una decisión concreta acerca del nivel máximo de riesgo penalmente permitido.

4. Así, nos encontramos con que, en realidad, hoy en día el proceso de aplicación a casos concretos de las normas penales –al menos de muchas de ellas– exige la adopción de decisiones netamente políticas (en el más amplio sentido de la expresión). Decisiones que, con la actual estructura de nuestro Ordenamiento jurídico, han de ser adoptadas necesariamente por los jueces (20), si bien de forma no totalmente libre, sino mediante ciertos procedimientos, utilizando cierta clase de argumentos justificatorios y dentro de un marco normativo –el tenor literal– más o

(18) Naturalmente, no en todos los delitos el problema tiene el mismo significado: piénsese, por ejemplo, en el caso de algunos delitos (rebelión, sedición, robo, violación,...), en los que el margen de riesgo permitido es prácticamente nulo. De todas maneras, la existencia de estos delitos no debe hacernos olvidar el hecho de que una buena parte de los más trascendentes y frecuentes sí que admiten dicho fenómeno: homicidio, lesiones, daños, delitos laborales, delitos contra la salud pública y los intereses de los consumidores, delitos contra el medio ambiente, delitos tributarios, buena parte de los delitos socioeconómicos y muchos patrimoniales, ...

(19) *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.^a ed., 1993, pp. 512-513, con ulteriores referencias.

(20) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XII.

menos amplio (21). Precisamente, la cuestión que ha de ser analizada es la de la índole de dichos argumentos. Y la tesis que a continuación se sostendrá es que, de entre los mismos, algunos han de ir referidos, obligatoriamente, a la asignación eficiente de los recursos sociales implicados en el conflicto en cuestión. Tesis, por cierto, que, aunque en otros términos (los propios de la tradición dogmática), ya ha sido asumida en buena medida por la corriente de interpretación teleológico–funcionalista de la Teoría del Delito (el Derecho Penal como instrumento –eficaz, se entiende– de la Política Criminal) (22).

III. JUSTICIA Y EFICIENCIA

1. En este sentido, tal vez el principal reto con el que ha tenido que enfrentarse siempre esta forma de argumentar es el de definir la relación entre la «perspectiva de la eficiencia» y la «perspectiva de la justicia» (23); y además, en este caso, también con la «perspectiva de la seguridad jurídica» –garantías formales–. Pues, en efecto, como ya antes indiqué, en sede de interpretación y aplicación de las normas jurídicas no es posible realizar un análisis puramente económico, y ni siquiera uno puramente político, del caso a resolver, sino que, por el contrario, la admisibilidad –legitimidad– de una solución en el seno de un Ordenamiento jurídico dado está siempre mediatizada por toda una serie de limitaciones (que en muchos casos van incluso en detrimento de la eficiencia de la solución final).

2. A este respecto, hay que decir que, al menos en un plano teórico, los papeles respectivos de ambas «perspectivas» –eficiencia y justicia– en el proceso de aplicación del Ordenamiento jurídico pueden ser delimitados con cierta claridad. Así, entendido el tenor literal de los tipos penales como un espacio de juego, dentro del cual ha de producirse la decisión judicial que solucione el caso concreto (por imperativo del principio de legalidad penal) (24), corresponderá a la «perspectiva de la justicia» la fijación de los objetivos últimos a conseguir mediante la decisión, así como de aquellos límites infranqueables en cuanto a los me-

(21) Sobre los límites que marca la interpretación literal, vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3, núm. 20, con ulteriores referencias.

(22) Cfr. ROXIN, *Política Criminal*, 1972, pp. 33-34; el mismo, *AT*, I, 1992, pp. 113-115; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, pp. VII-VIII; SCHÜNEMANN, *R. Schmitt-Fest.*, 1992, pp. 125 ss.

(23) Vid. KOCH/RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 347; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 11-X.

(24) Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-II, con ulteriores referencias.

dios aplicables para obtener tales objetivos. En todo lo demás, esto es, en cuanto a la estrategia de medios para la consecución de tales objetivos (dentro de los límites normativamente fijados a los que acabo de hacer referencia), la «perspectiva de la eficiencia» habrá de ser la imperante (25).

Naturalmente, soy plenamente consciente de que una distinción como la que acabo de hacer no resulta fácil de aplicar en la práctica. Así, en primer lugar, parece que ya en el momento de la fijación de los objetivos de la decisión judicial debe haber alguna consideración de argumentos de eficiencia: los objetivos de la decisión judicial, además de moralmente deseables, han de ser realmente factibles (26). En segundo lugar, el mismo proceso de adopción de la decisión tiene sin duda unos costes (fundamentalmente, de información), que han de ser considerados también (desde la «perspectiva de la eficiencia») a la hora de fijar los objetivos de la misma (no es posible siempre basar la decisión en la cantidad de información que en principio parecería deseable) (27). Finalmente, en tercer lugar, la misma distinción genérica entre objetivos y medios no es clara: al contrario, no es posible hablar en abstracto de objetivos o de medios, sino que solamente a partir de la consideración de la estructura, principios y valores de un Ordenamiento jurídico es posible establecer cuáles son los objetivos de la decisión judicial (y, consiguientemente, por exclusión qué factores quedan reducidos a meros medios para alcanzarla).

De cualquier forma, lo importante es que, para un Ordenamiento jurídico dado, la distinción posee validez. Y que en cualquiera de los Ordenamientos que históricamente han existido hasta hoy, ninguno de los cuales convertiría la eficiente asignación de recursos en principio primordial de su funcionamiento, sigue resultando posible diferenciar aquello

(25) En sentido similar, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 43-44.

(26) CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), pp. 172-173.

(27) Sobre esto, los estudios de Coase ha proporcionado una primera base de análisis, sobre la que se ha desarrollado una amplia discusión posterior: *vid.* COASE, «The problem of social cost», *JLE* 3 (1960), pp. 1 ss.; ulteriores referencias en TORRES LÓPEZ, *Análisis económico del Derecho*, 1987, pp. 50-55; DURÁN Y LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, 1992, pp. 110 ss. No obstante, parece que la existencia de dichos costes de información puede tener más repercusión sobre el modo de aplicación procesal de un tipo penal (por ejemplo: si debe o no someterse al principio procesal de oportunidad, o qué clase de pruebas han de considerarse suficientes para dar por probado el hecho típico) que sobre la propia interpretación del tipo. *Vid.*, sin embargo, CALABRESI, «Transaction costs, resource allocation and liability rules», *JLE* 11 (1968), pp. 71-73; POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 125; el mismo, *The problemas of Jurisprudence*, 1990, pp. 44-45, donde se comentan las incidencias que puede tener la cuestión también sobre el Derecho sustantivo.

que debe constituir el objetivo primordial de la decisión judicial y lo que es simplemente una condición de corrección de la misma.

3. Esta distinción entre objetivos y condiciones de corrección en la decisión judicial que aplica el Derecho permite además diferenciar en cuanto a las consecuencias que ha de tener una decisión incorrecta. Así, cuando se trate de una decisión que no está orientada hacia los objetivos que toda decisión judicial debe cumplir, o cuando la misma infrinja los límites establecidos en cuanto a los medios aplicables para conseguir tales objetivos, la decisión judicial pecará, en Derecho Penal, generalmente de inconstitucionalidad; lo que, en términos técnico-jurídicos, equivale a decir que será nula *ipso iure* (28). Al contrario, cuando lo que la decisión incumple son las condiciones de eficiencia –de corrección–, de modo que da lugar a una solución orientada hacia los objetivos últimos pero mal diseñada (ineficiente), el vicio será de menor entidad, pudiendo dar lugar, a lo sumo, a la impugnación de la decisión (o, según cuál sea el régimen procesal vigente, quedar cubierta incluso por el margen de discrecionalidad que el Ordenamiento le concede al juez en sus decisiones) (29).

IV. CONTENIDO MÍNIMO DE JUSTICIA DE TODA DECISIÓN

1. Lo anterior se comprenderá con más claridad si observamos ya un ejemplo concreto, el de nuestro Derecho Penal. En el mismo, los objetivos básicos –directrices– de toda decisión en materia penal están fijados con claridad: de una parte, la protección del bien jurídico (30); de otra, el respeto a los valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico, valores que, por lo que a nosotros ahora nos interesa, pueden ser reducidos en la mayoría de las ocasiones a los de libertad e igualdad (art. 1.1 de la Constitución –en adelante, CE–), y que se concretan en derechos fundamentales. De este modo, la decisión judicial será tanto más justa cuanto más se aproxime al cumplimiento completo de estas dos directrices.

(28) Es decir, que la sentencia será casi siempre recurrible en amparo; y, cuando no, en el propio recurso de casación podrá ser anulada, en virtud de la falta de cumplimiento con ciertos «mínimos constitucionales».

(29) En materia penal, generalmente es esto último lo que sucede, dada la limitación con la que nuestra LECr. fija los motivos de casación.

(30) En la mayoría de las ocasiones, el bien jurídico resulta ser también un «bien constitucionalmente protegido», en la terminología de nuestro TC (*vid.*, por ejemplo, la STC 8-4-1981 –BOE núm. 99, de 25-4-1981–). *Vid. infra* qué consecuencias puede tener que ello no sea así.

De lo dicho hasta aquí puede extraerse ya una primera conclusión: que todos los restantes intereses en juego influyentes en la decisión judicial carecen del rango de objetivo primordial de la misma, constituyéndose a lo más en condición de corrección –de eficiencia– de la misma, en el sentido antes visto (dejamos ahora a un lado los problemas de cumplimiento o incumplimiento de las garantías formales constitucionalmente fijadas para la adopción de la decisión judicial, que, precisamente por su rango de derechos fundamentales, condicionan también la validez o nulidad de la decisión misma, igual que los dos objetivos enunciados).

2. Ahora bien, como con facilidad podrá comprenderse, los dos objetivos de justicia que he enunciado aparecen en numerosas situaciones como contrapuestos. Así, en el ejemplo antes señalado, de delincuencia medioambiental, lo más frecuente será que en el caso concreto el objetivo de protección del bien jurídico «medio ambiente» se tope con el objetivo de respetar el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa tal y como están reconocidos en los artículos 33 y 38 CE (de acuerdo con lo dicho, otros intereses, como el del desarrollo económico, o el del mantenimiento de los puestos de trabajo, no pertenecen a las condiciones esenciales de justicia de la decisión, sino únicamente a sus condiciones –secundarias– de corrección desde el punto de vista de la asignación de recursos).

En este caso, ya la propia CE ha previsto la posibilidad de esta colisión –y no sólo con el bien jurídico «medio ambiente»–, y la ha expresado a través de lo dispuesto en los artículos 33.2 y 38 CE respecto de la «función social de la propiedad» y el sometimiento a «las exigencias de la economía general». De cualquier forma, este reconocimiento expreso en nada cambia la cuestión de fondo (aunque dé a la discusión una base textual): a saber, que, dada la situación de colisión en un caso concreto de los dos objetivos básicos –de justicia– de la decisión judicial que ha de ser adoptada (decisión que, expresándonos en términos dogmáticos, ha de fijar el nivel máximo de riesgo penalmente permitido para el bien jurídico «medio ambiente»), es preciso establecer un punto de equilibrio entre ambos, punto en absoluto predeterminado –aunque sí limitado– por disposición legal alguna, ni siquiera por las de rango constitucional.

3. Pues bien, lo que tenemos que discutir ahora es el método para tal determinación (la índole de los argumentos legítimamente admisibles). Así, en primer lugar, es claro que allí donde la decisión judicial comience a afectar al «contenido esencial» (utilizando la terminología del art. 53.1 CE) de cualquiera de los dos objetivos, según los mismos son habitualmente interpretados –fundamentalmente por el Tribunal Constitucional– desde la perspectiva valorativa del Ordenamiento jurídico («perspectiva de la justicia», por lo tanto), la misma resultará claramente ilegítima (e inconstitucional, además), injusta desde la perspectiva del

Ordenamiento (31), no cabiendo ulterior argumentación (32). Así sucedería con una decisión que, a pesar del tenor literal del artículo 347 bis CP, considerase como atípico un vertido de sustancias venenosas en un río que sea totalmente innecesario y contrario a todas las disposiciones administrativas en la materia; o, al contrario, con otra que sancionase penalmente el almacenamiento de residuos por parte de las empresas propietarias de centrales nucleares, a pesar de hacerlo de acuerdo con la legislación vigente.

Sin embargo, no es ésta la situación habitual. Como es obvio, el juez que ha de aplicar el derecho toma en cuenta, al menos en su esencia, los objetivos que le son propuestos por el Ordenamiento jurídico para su ac-

(31) Naturalmente, me refiero aquí siempre a un concepto intrasistemático de justicia: lo que es justo para un Ordenamiento dado –para el nuestro–. La cuestión de la valoración externa en términos de justicia de la decisión judicial, no es considerada.

(32) El concepto de «contenido esencial» (de los derechos fundamentales reconocidos en el cap. segundo del tít. I de la CE) es introducido en nuestro Derecho Constitucional –a imitación de otros, como el germano-occidental– como garantía absoluta, para que determinados derechos constitucionalmente reconocidos, que gozan del carácter de «superfundamentales», no puedan ser adulterados, al menos en cuanto a su núcleo, por actuaciones del legislador, siendo en todo caso para ello necesaria una reforma constitucional (extraordinariamente rígida, además, cuando afecte a los derechos de la Sección primera de ese capítulo: cfr. el art. 168 CE): *vid.* PRIETO SANCHÍS, «Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, IV, 1984, pp. 463-465. Dicho «contenido esencial» debe ser delimitado, según la STC 8-4-1981 (BOE núm. 99, de 25-4-1981), conforme a dos parámetros: el contenido mínimo necesario para que el derecho quede individualizado y, en segundo lugar, aquél que permite al titular del mismo satisfacer los intereses cuya satisfacción fundamenta el reconocimiento de dicho derecho (*vid.* PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional», *REDC* 3 (1981), pp. 187, 189-190, en relación con la base que esta concepción tiene en la Teoría General del Derecho y con el método de aplicación de la misma). Como ha señalado AGUIAR DE LUQUE, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española», *RDP* 10 (1981), p. 120, la virtualidad práctica –directa– de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE es la de proporcionar un criterio más concreto para el control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo de estos derechos fundamentales. No obstante, y puesto que el principio de constitucionalidad también rige para las decisiones judiciales (*vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., 1993, pp. 98-102), idéntica función debe cumplir el concepto para la realización del control de constitucionalidad de las mismas; sólo que aquí, además, operará un segundo límite, marcado por la decisión legislativa –política–, de obligado respeto por efecto del principio general de legalidad, del artículo 9.3 CE (y especialmente rígido en materia penal, según lo dispuesto por el art. 25.1 CE y por el art. 23 CP-1944 y por el art. 2.1 CP vigente). Por otra parte, PAREJO ALFONSO, *loc. cit.*, pp. 170, 176-177, 188, apunta que, en realidad, junto con esta función negativa –de control–, el concepto de «contenido esencial» cumple también otra positiva, que también nos interesa a la hora de controlar la justicia de la decisión judicial: la fijación de (la cúspide de) la escala axiológica del Ordenamiento, a la que se dota del máximo rango normativo.

tuación y que están expresados en disposiciones legales (y existen para garantizarlo toda una serie de reglas interpretativas que el jurista aprende a respetar). Por lo tanto, las dificultades suelen plantearse más bien en la «zona gris» intermedia: es decir, en el cúmulo de posibles soluciones alternativas al caso que no significan necesariamente un desconocimiento absoluto de ninguno de los dos objetivos de justicia en colisión. En nuestro ejemplo, cuando de lo que se trata es de decidir si la conducta contaminante es tan grave como para merecer una sanción penal (aunque, desde luego, esté claro que la conducta es ilícita, al menos administrativamente); o si existían intereses de orden superior (a los medioambientales) que hacían necesaria o «justificada» dicha conducta (por ejemplo, intereses del desarrollo económico, la falta de regulaciones administrativas claras, la falta de recursos económicos para cumplir con las existentes, la evitación de males medioambientales mayores, el desconocimiento –o la dificultad para lograr dicho conocimiento– de otros posibles avances científicos en la materia,...).

Es en estos dilemas que aparecen en la «zona gris» donde la teoría de la argumentación jurídica está obligada a aportar soluciones más convincentes (33). Y, precisamente, lo que vamos a ver a continuación es que, para ello, es preciso recurrir a argumentos en torno a la eficiente asignación de los recursos sociales.

V. EFICIENCIA Y CRITERIOS JURÍDICO-PENALES DE IMPUTACIÓN

1. El fundamento valorativo para recurrir de esta manera a argumentos de eficiencia se halla en el reconocimiento del hecho de que las decisiones ajustadas a Derecho han de caracterizarse por su «racionalidad» (34) en varios niveles diferentes, y no únicamente en el lógico-sistemático o en el ético-moral (que son los habitualmente considerados en la discusión jurídica) (35). Y que, de entre esos diferentes niveles de ra-

(33) HAFT, *Juristische Rethorik*, 3.ª ed., 1985, pp. 93-94.

(34) Como afirma CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), p. 174, probablemente este concepto complica las cosas más de lo que las aclara. No obstante, a falta de otro término mejor, hablo de «racionalidad» –siguiendo su idea y la de ATIENZA, Sociología jurídica y ciencia de la legislación, en BERGALLI (coord.), *El Derecho y sus realidades*, 1989, p. 50; el mismo, *Practical Reason and Legislation*, *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 272, 285)– para referirme a la exigencia de que la decisión judicial sea sometida a toda una serie de controles a partir de ciertos modelos y criterios de valoración («racionalidad lógico-formal», «racionalidad teleológica», «racionalidad ética»,...), que pretenden estar interrelacionados y/o ser coherentes –esto es, no contradictorios y complementarios– entre sí.

(35) CASALMIGLIA, «Eficiencia y Derecho», *Doxa* 4 (1987), p. 283; el mismo, *RCEC* 1 (1988), pp. 307-308; el mismo, *Doxa* 13 (1993), pp. 168 ss.; ATIENZA, *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 273, 284-285.

cionalidad, sin duda uno de ellos es el de la racionalidad teleológica –por emplear una expresión que ha hecho fortuna en nuestra teoría jurídica– o instrumental: esto es, el de la adecuación de los medios empleados (de la asignación de los recursos sociales disponibles en el campo concreto en el que la decisión se mueve) a los objetivos finales, de justicia (36). O, dicho en otras palabras: la decisión no sólo ha de ser moralmente buena, sino que ha de ser factible y eficiente –de entre las posibles y deseables, la más beneficiosa para los intereses generales– (37).

Si esto es así, parece necesario que, en todos aquellos casos en los que los objetivos de justicia antes descritos no aparezcan afectados de manera fundamental (es decir, cuando no exista una lesión del contenido esencial del bien jurídico ni del de los derechos fundamentales), sino que ambos permanezcan incólumes en sus líneas esenciales (de modo que, con ello, la decisión se mantenga en todo caso dentro de los parámetros valorativos –y literales– propios del Ordenamiento), la argumentación de índole teleológica o instrumental pueda jugar un papel esencial (38). Así

(36) CASALMIGLIA, *Doxa* 4 (1987), pp. 283-285; el mismo, *RCEC* 1 (1988), pp. 305, 307, 328, 332; el mismo, *Doxa* 13 (1993), p. 172; ATIENZA, en BERGALLI (coord.), *El Derecho*, 1989, pp. 58-59; el mismo, *Ratio Iuris* 5 (1992), pp. 274, 277-278, 280-281, 284-285; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, p. 40; POSNER, *Jurisprudence*, 1990, pp. 105, 107, 108.

(37) Por lo tanto, desde la perspectiva del concepto intrasistemático de justicia que opera en el seno del Ordenamiento jurídico (y al margen de lo que personalmente pueda pensarse de ello) no es aceptable tampoco la solución utilitarista pura, en la que la cuestión de la racionalidad moral (la racionalidad de los fines) queda abandonada a un indeterminado «sentido común», «Derecho natural» o «convicción innata»: vid. ATIENZA, en Bergalli (coord.), *El Derecho*, 1989, pp. 59-60; el mismo, *Ratio Iuris* 5 (1992), p. 281.

(38) Es posible que, en contra de esta idea, pueda pensarse (sobre todo en la Dogmática penal) que la fundamentación de la aplicación de penas en consideraciones utilitarias resulta contraria a algún valor básico del Derecho Penal (¿a cuál?). Y, naturalmente, esta crítica no carece de sentido. No obstante, ocurre que aquí se parte de la base –discutible, desde luego– de que el Derecho Penal, y el conjunto del Ordenamiento jurídico, operan como subsistemas (dotados sin duda de algunas características propias) del macrosistema regulador del sistema social; y de que, además, dicho subsistema sirve como instrumento político en muy diversos campos y sentidos. Vid., al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, Introducción. Y, si esto es así, el Derecho Penal, como cualquier otro instrumento político (por más que posea grandes peculiaridades como tal), habrá de regirse, entre otros, por criterios de racionalidad teleológica. Como digo, la cuestión es discutible y discutida, aunque mi convicción es que más en la teoría que en la práctica, donde este carácter instrumental aparece con meridiana claridad. Y, de cualquier forma, la crítica antedicha, de neta raigambre kantiana (la ilegitimidad moral de toda instrumentalización de la persona humana: cfr. KANT, «Die Metaphysik der Sitten», 1797, en *Kants Werke (Akademie Textausgabe)*, VI, 1907, ed. por P. NATORP, p. 335), ha sido dirigida siempre contra toda la concepción preventiva del Derecho Penal y de las penas: vid., por todos, ROXIN, *AT*, I, 1992, pp. 29-30. En este sentido, el paso que aquí se da no es sino uno más –radi-

pues, se puede decir que, allí donde existan dudas razonables acerca de cuál es el punto de equilibrio axiológicamente más correcto entre dos objetivos que entran en colisión en un caso concreto, habrá de optarse por aquella solución que optimice la utilización de los recursos sociales (39).

2. Si tratamos de profundizar ahora en esta idea de optimización de recursos, tendremos que tener en cuenta que el enfoque que a nosotros nos interesa es aquél, asumido por el llamado «análisis económico del Derecho» (40), que entra en la cuestión –central en estos casos– de la distribución de costes y de beneficios entre los distintos sujetos intervinientes en el conflicto subyacente al (presunto) delito (41). Y es precisa-

cal, si se quiere– en el proceso de funcionalización (respetuosa, eso sí, con las exigencias del Estado de Derecho) de la Dogmática, dentro de un planteamiento puramente preventivo del sistema penal (*vid.*, al respecto, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 19 ss.). El dilema parece plantearse hoy entre una funcionalización controlada y otra vergonzante, dilema ante el que opto claramente por la primera alternativa.

(39) De este modo, la interpretación de los tipos penales desde una perspectiva teleológica alcanza una nueva dimensión: no es sólo que haya que tomar en consideración los objetivos de la regulación [así, LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de M. RODRÍGUEZ MOLINERO), 1980, p. 331], sino que, definidos dichos objetivos, es preciso que en la aplicación del tipo se intente optimizar la obtención de dichos objetivos, a través del mejor de los equilibrios que sea posible entre ellos, cuando sean varios y contrapuestos. Con lo que se lleva hasta el extremo –hasta el extremo posible, por el respeto debido al principio de legalidad penal– la búsqueda vinculación entre Derecho Penal y Política Criminal (cfr. ROXIN, *Política Criminal*, 1972, p. 33; el mismo, *AT*, I, 1992, p. 128); y, en realidad, con toda la Política Jurídica.

(40) Téngase en cuenta, no obstante, que en la corriente metodológica caracterizada bajo este término conviven muy diversos elementos. Y, para empezar, hay que distinguir entre los análisis –descriptivos– de los efectos económicos y sociales de las regulaciones jurídicas y las consecuencias –normativas– que luego se extraen de dichos análisis (en un sentido similar, OTT/SCHÄFER, «Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?», *JZ* 1988, p. 215; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 40-41; CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), p. 176). Pues, mientras que los primeros resultan, a mi entender, pertinentes para la interpretación del Derecho (OTT/SCHÄFER, *loc. cit.*, pp. 216-217; *vid.*, sin embargo, las críticas resumidas en POSNER, *Jurisprudence*, 1990, pp. 362 ss.), las segundas suelen estar marcadas, en mayor o menor medida, por un claro sesgo ideológico –neoliberal–, que aquí no nos interesa. Sobre ese –y otros– componentes ideológicos, *vid.* DURÁN y LALAGUNA, *Análisis económico del Derecho*, 1992, pp. 155 ss.; MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho*, 1994, pp. 138 ss.

(41) Pues, en efecto, no debemos olvidar que el delito, no sólo en términos estrictamente sociológicos, sino también desde la perspectiva política y económica, es un conflicto de pretensiones, conflicto que no queda abandonado a su resolución espontánea –sea ésta violenta o negociada–, sino que es regulado por el Derecho: *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología*, 1988, pp. 613-614. En este sentido, el Ordenamiento jurídico interviene a través de la asignación de derechos –pretensiones–, protegidas a través de derechos de propiedad (remitiendo la resolución del conflicto a la negociación –una negociación regulada– entre las partes, que pueden enajenar su derecho), de la inalienabilidad (negando toda relevancia a una

mente sobre este problema sobre el que habrá que argumentar, con el fin de tomar en consideración en la medida de lo posible los efectos que una u otra distribución de costes y de beneficios puede producir (42).

3. La distribución de los costes y beneficios del hecho atentatorio contra el bien jurídico-penalmente protegido entre todos los sujetos intervinientes en el conflicto social subyacente al (presunto) delito (y, además, el Estado en cuanto que representante de los intereses colectivos) puede ser encarada desde dos perspectivas diferentes (43). En primer lugar, es posible realizar una equiparación automática entre la atribución (de la acción, y de sus resultados, a uno de los sujetos intervinientes), derivada de principios de índole cognoscitiva y/o valorativa extrajurídica (previsibilidad y evitabilidad, relevancia de la aportación causal, calificación como «querida» de la acción del sujeto, ...), y la asunción de todos los costes del conflicto (44). Esta fue, al menos en la teoría, la op-

de las pretensiones en conflicto) o de reglas de responsabilidad (que distribuyen imperativamente los costes del conflicto, pero sin impedirlo absolutamente): cfr. CALABRESI/MELAMED, *HarvLR* 85 (1972), pp. 1093-1115. En el Derecho Penal se da una combinación de los dos últimos tipos de instrumentos normativos.

(42) Resaltan también los componentes distributivos de las regulaciones jurídicas que atribuyen responsabilidad, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 39-40, 55-57; CALABRESI/BOBBIT, *Scelte*, 1986, *passim*.

(43) CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 38-39, 150-153. Tal y como ha sido puesto de manifiesto recientemente por diversos autores (cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, *passim*, esp. pp. 30-36; el mismo, «Imputation», en ESER/FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, 1987, pp. 126-127; el mismo, *Strafrecht nach logischer-analytischer Methode*, 2.ª ed., pp. 364-368; NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985, pp. 269 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29-34), desde el punto de vista nomológico es posible diferenciar entre la norma primaria de conducta subyacente al tipo penal y las reglas de imputación que atribuyen responsabilidad al sujeto por el incumplimiento de dicha norma primaria (o, en otros términos, que determinan si un sujeto concreto, en una concreta situación, tiene un deber jurídico-penal de conducta, consistente en el seguimiento de dicha norma primaria: *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XIV). Esto significa, en resumidas cuentas, que para la preservación de una misma norma primaria de conducta son susceptibles de ser utilizadas distintas estructuras de atribución de responsabilidad, con efectos diferentes sobre la distribución de costes y beneficios del conflicto entre las partes: reglas sobre la autoría, sobre la responsabilidad de los partícipes, sobre la imputación de resultados, sobre el carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad, sobre el grado de respeto al principio de culpabilidad, sobre el adelantamiento de la punición a fases imperfectas de ejecución,... y también, por supuesto, sobre los niveles deseables de riesgo permitido. Precisamente, este hecho es el que justifica que pueda y deba abrirse la discusión acerca de la racionalidad teleológica –eficiencia– de un concreto sistema de imputación, que siempre puede ser mejorado en cuanto a sus efectos (al igual que, de otra parte, siempre puede ser perfeccionado también, desde el punto de vista moral, en cuanto a los objetivos de justicia que persigue).

(44) Naturalmente, esta imputación conforme a principios no estrictamente jurídicos presupone una decisión jurídica: la de que el Derecho Penal debe atribuir

ción tradicional del Derecho Penal (45): en principio, parece que el sujeto que aportó el factor o factores causales determinantes en el curso fáctico subsiguiente –el autor–, y aquellos que aportaron de forma «querida» (dolosamente) el resto de los factores co-causantes –los partícipes dolosos–, habrían de responder de la totalidad de los resultados causados, con tal de que al menos (en el caso del autor) le fueran previsibles o, en ocasiones (allí donde sólo se sancione penalmente la comisión dolosa), que los hubiese querido (46).

Sin embargo, este modelo de distribución de costes se reveló pronto como ineficaz, sobre todo a medida que el Derecho Penal se fue alejando de la tradición clásica, prácticamente restringida a algunas figuras delictivas (algunos delitos contra bienes jurídicos individuales y algunos

responsabilidad penal en los casos en los que se den determinados vínculos cognoscitivos o valorativos extrajurídicos entre sujeto y hecho. Como ha indicado SCHÜNE-MANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en el mismo (ed.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (trad. de J. M. SILVA SÁNCHEZ), 1991, pp. 43-53, la elaboración de estos criterios de imputación coincide con momentos de predominio en la Dogmática jurídica de un pensamiento –primero– naturalista y –después– neokantiano, que convierten con el mayor automatismo, respectivamente, las descripciones empíricas y las valoraciones en responsabilidad. Y, sin embargo, como vamos a ver (y he explicado con mayor detalle en otro lugar: cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido, passim*), dicha atribución de responsabilidad debería afirmarse únicamente sobre la base –como condición necesaria, y a veces suficiente– de criterios normativos, por más que las descripciones empíricas y las valoraciones prejurídicas puedan apoyar en ocasiones –como condiciones necesarias adicionales– dicha imputación.

(45) Más exactamente, del Derecho Penal moderno, constituido progresivamente a lo largo de siglos, a través de la influencia del Derecho romano y del canónico, y plasmado ya en la obra de los grandes penalistas de la Ilustración (*vid.* JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1988, pp. 83-86). No obstante, cfr. en POSNER, *Justice*, 1983, pp. 192 ss., los criterios de imputación utilizados en sociedades más primitivas, así como la justificación utilitaria de las mismas.

(46) En relación con los delitos dolosos, puede hallarse esta idea tradicional de la Teoría del Delito todavía en muchas obras actuales: cfr., por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 59-61; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1981, pp. 66-67; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, I, 3.ª ed., 1985, p. 325; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1986, p. 68; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1987, pp. 51-54, 58-59; HRUSCHKA, *AT*, 1988, p. 188; JESCHECK, *AT*, 1988, p. 208; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1989, pp. 318-319; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1990, pp. 102-103; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., 1990, pp. 228-229; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch*, 23.ª ed., 1991, 15, núms. 2-5; HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1992, p. 145; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4.ª ed., 1992, p. 67; WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 22.ª ed., 1992, p. 27; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 1993, pp. 243-245; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., 1994, p. 255.

delitos contra el Estado) cometidas dolosamente (47). En efecto, tanto en los delitos imprudentes comisivos como en los delitos de omisión se ha demostrado que la atribución de la totalidad de los costes del conflicto social al autor resulta ser una fórmula notablemente ineficiente de resolución de dicho conflicto. Pues en los mismos, y aparte de que deban existir obligatoriamente límites por razón del respeto a los derechos fundamentales y al principio de dignidad humana (así, la vigencia de límites como los de previsibilidad –responsabilidad subjetiva– y exigibilidad), la indiscriminada calificación como penalmente antijurídica de toda conducta de autoría –al menos, de la dolosa– significaría un incremento tal de los costes de la actividad que provocaría efectos colaterales notablemente indeseables. Así, en el caso de los delitos imprudentes comisivos, la obligación, impuesta a cualquier sujeto que actúe en el tráfico jurídico, de que adopte todas aquellas medidas de cuidado que sean objetivamente necesarias para reducir a cero cualquier posible riesgo derivado de su actuación significaría casi necesariamente la paralización de numerosas actividades, hoy consideradas como socialmente útiles (48): piénsese en cualquiera de las numerosas actividades peligrosas autorizadas en la actualidad (industrias contaminantes, molestas o peligrosas, tráfico rodado,...) (49). E igualmente, en el caso de los delitos de omisión,

(47) Señala CALABRESI, *PD* 1978, pp. 666, 670-671, que la existencia de un sistema de responsabilidad civil (y, generalizando, podríamos decir que de cualquier sistema de responsabilidad basado en criterios de imputación no automáticos) es propia de una sociedad mixta, que se mueve entre la intervención autoritaria del Estado y la libertad de actuación de los particulares. En un sistema de ese tipo, se produce una combinación de actuaciones individuales y de decisiones estatales: el particular puede actuar, su comportamiento no está radicalmente prohibido por ser peligroso, pero sí que está sujeto a «reglas de responsabilidad» –reglas de imputación–, en virtud de las cuales estará obligado a responder (penalmente, en nuestro caso) cuando se den determinadas condiciones (CALABRESI, *loc. cit.*, pp. 671-672). Precisamente, la modificación de las reglas de atribución de responsabilidad penal a la que me estoy refiriendo se ha correspondido con paralelas transformaciones sociales, hacia un mayor intervencionismo estatal, en el sentido que hemos visto antes. Modificación ésta que exige necesariamente una cierta sofisticación de las reglas de imputación, pues en otro caso (falta de criterios depurados o coste prohibitivo en la aplicación de los mismos) habrá que recurrir de nuevo a una asignación de costes sobre la base de la vinculación con los accidentes (*vid.* CALABRESI, *Accidentes*, 1984, p. 168).

(48) Esta idea fue apuntada ya por BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, 1907, p. 452.

(49) De este modo, la introducción del concepto de imprudencia (como desvalor de la acción que causó el resultado, y condición necesaria para la responsabilidad), y su progresiva imposición en contra del principio *versari in re illicita* (*vid.*, en nuestro Derecho, VIRTO LASCURÁIN, *El caso fortuito*, 1984, *passim*), significa limitar la atribución de responsabilidad sólo a ciertos supuestos de causación de un resultado disvalioso: *vid.* JESCHECK, *AT*, 1988, p. 509. Pero, más aún, el posterior reconocimiento de que existen espacios de riesgo permitido implica una nueva limitación, al excluir

un deber de actuación en todos los casos hasta el límite de lo humanamente posible (o de lo previsible y exigible en términos de dignidad humana) significaría un muy notable incremento de los costes que para un sujeto tiene asumir una posición en el tráfico jurídico: las posiciones de encargado de higiene y seguridad en el trabajo, de controlador aéreo, de guardagujas,... se volverían extremadamente arriesgadas en su ejercicio profesional cotidiano (50).

Pero es que, además, sucede que resulta posible hallar otras fórmulas de distribución de costes que resulten globalmente más eficientes y que, no obstante, mantengan, en los términos que antes he expuesto, el mínimo de respeto a los objetivos básicos —de justicia— que han de orientar la decisión judicial. Es por ello por lo que la moderna dogmática de los delitos imprudentes y de omisión (aunque la argumentación y la metodología pueden y deben ser trasladadas, con leves matizaciones, también al ámbito de los delitos comisivos dolosos) (51) se inclina cada vez con más decisión hacia dichas fórmulas, acogidas a través de tópicos como el de riesgo permitido (52).

VI. LA DISTRIBUCIÓN EFICIENTE DE COSTES

1. Se trata, por lo tanto, ya de establecer los criterios concretos de asignación eficiente de recursos (en concreto: de distribución del coste del conflicto) que han de servir para fijar el nivel máximo de riesgo penalmente permitido en todos aquellos casos que antes calificué como «intermedios», esto es, como no solventables totalmente en estrictos términos de justicia. Y la primera cuestión que hay que discernir es la de si la eficiencia que ha de perseguirse con la distribución ha de ir referido a la colectividad o a cada uno de los sujetos implicados.

La pregunta ha de ser respondida, en Derecho Penal, con rotundidad: dada su naturaleza de Derecho público y, sobre todo, en virtud de su función primordialmente preventiva (y sólo secundariamente distributiva), el juicio de antijuridicidad penal —tipicidad— ha de perseguir siempre ob-

la responsabilidad penal incluso en ámbitos en los que existe en principio una cognoscibilidad suficiente del riesgo para el sujeto actuante: *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 9-V.

(50) Así, se habla en estos ámbitos de los requisitos de posibilidad y de exigibilidad, como límites del deber de conducta de los sujetos en materia de omisión: *cfr.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 26-30, 299-309.

(51) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-X, con ulteriores referencias. Defiende también esta extensión, desde el punto de vista de la eficiencia de la distribución de costes, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 119-120.

(52) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 3-XI, 11, 12.

jetivos de eficiencia colectiva (53) (54). Es decir, que lo fundamentalmente relevante en este sentido es que el balance de costes sea globalmente positivo (dando por supuesta ya, como antes he señalado, la incolumidad del núcleo esencial del bien jurídico y de los derechos fundamentales afectados por su protección, límite a toda consideración de eficiencia). Precisamente por ello, dicho sea de paso, es notablemente sugerente la posibilidad de que los estándares para la atribución de responsabilidad puedan ser diferentes en la aplicación de las normas penales y en materia de responsabilidad civil por daños (ámbito en el que la equidad misma de la distribución de los costes entre los sujetos podría ser considerada) (55).

2. ¿En qué sentido puede, entonces, hablarse en Derecho Penal de «distribución de los costes del conflicto»? Pues, en efecto, parece que la actividad del Derecho Penal es única y exclusivamente sancionadora: fijar una consecuencia jurídica sancionatoria (generalmente una pena, a veces una medida de seguridad y/o alguna otra consecuencia accesoria) para el sujeto considerado autor de la conducta típica. Sin embargo, si se considera con más atención el problema, se comprobará que, por lo que se refiere al juicio de tipicidad penal, éste cumple también una función distributiva de costes (para, mediante esta atribución de costes, prevenir lo ilícito) (56): la declaración de una determinada conducta A como pe-

(53) Esta afirmación se sustrae, gracias a las restricciones de que ha sido objeto con anterioridad (esto es, la exigencia de que se salvaguarden los objetivos básicos de justicia del Ordenamiento, así como todo el marco formal de la decisión –tenor literal del tipo penal, garantías procesales,...–), a la crítica de que se base en una visión extremadamente colectivista del bienestar social: *vid.*, sobre esta crítica, más ampliamente, POSNER, *Jurisprudence*, 1990, pp. 376-380.

(54) La afirmación inversa (a saber, que sólo debe intervenir el Derecho Penal cuando sea posible llegar a través de él a la solución más eficiente –y justa– posible: *vid.* CALABRESI, *Accidentes*, 1984, p. 38) pertenecería ya al ámbito de la Política Criminal, que aquí no es examinado.

(55) CALABRESI, «The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs», *HarvLR* 78 (1965), pp. 739-743; el mismo, *Accidentes*, 1984, pp. 276-279, 311 ss. De hecho, las nuevas tendencias del Derecho Privado siguen esta línea, de consolidación en muchos ámbitos de una responsabilidad puramente objetiva, en función de consideraciones distributivas, teniendo en cuenta únicamente la cuantía y la causalidad del daño, así como las posiciones relativas de ambas partes (parte económicamente más fuerte, posibilidades de constituir seguros,...): *vid.* al respecto, por ejemplo, la reciente Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (art. 1). Aquí, por tanto, los argumentos de utilidad y de coste sociales globales deben tener una menor importancia, puesto que la distribución entre las partes –la justicia conmutativa en la distribución– es ya más relevante.

(56) *vid.* CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), p. 715; el mismo, *Accidentes*, 1984, pp. 59-60, 79-83; PAZ ARES, *ADC* 1981, pp. 626-627. Precisamente, esta prioridad del fin preventivo sobre el distributivo es lo que justifica que el sistema penal concorra con otros subsistemas jurídicos en la resolución del conflicto (responsabilidad civil

nalmente antijurídica significa, en resumidas cuentas (y siempre que se reconozca la eficacia motivadora de las normas imperativas, lo que constituye otra cuestión polémica, en la que ahora no puedo entrar) (57), la imposición a todos los sujetos que pretendan actuar en ese ámbito de actividad de la obligación de adoptar aquellas medidas de cuidado que sean objetivamente necesarias para evitar caer en dicha ilicitud (58); y, al contrario, la declaración de atipicidad penal de una conducta peligrosa B significa atribuir, en todo caso, a la víctima del posible resultado dañoso la carga de adoptar las correspondientes medidas de protección (59). En un ejemplo: si el vertido contaminante es delictivo, la empresa se verá motivada a adquirir un filtro para sus humos, y si no lo es (sobre todo, si no constituye ni siquiera un ilícito administrativo o civil), serán los habitantes próximos a la fábrica los que, en su caso, habrán de asumir el coste de las medidas de protección frente a la contaminación emitida por la empresa (o, en todo caso, terceros que están obligados a hacerlo por otros títulos: el Estado,...) (60).

3. Planteada la cuestión en estos términos, el objetivo –objetivo de eficiencia– deberá ser, por lo tanto, el de realizar una distribución de los costes del conflicto subyacente (61) tal que se logre la situación más cercana posible al óptimo de eficiencia social: a saber, una situación en la que no sea posible incrementar más el nivel de protección del bien jurí-

extracontractual, seguros, sistemas de previsión y asistencia social, ...): vid. CALABRESI, *op. cit.*, pp. 61-70.

(57) Parto, pues, de la base de que las normas penales cumplen –o, al menos, pretenden cumplir– una función de motivación de las conductas de los ciudadanos: vid. SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, pp. 215-221, 353-359, con ulteriores referencias. Cfr., sin embargo, acerca de las dificultades existentes para que este efecto motivador que pretende cumplir la distribución de costes se produzca, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 91-105.

(58) No se trata, naturalmente, de una auténtica «imposición» (en el sentido de que se constituya un deber jurídico protegido a través de una sanción atribuida a su incumplimiento). Pero, de facto –*no de iure*– (KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, p. 67; el mismo, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA* 1994, p. 211), la forma de cumplir con lo dispuesto por la norma penal primaria –norma de conducta– es, precisamente, la adopción de dichas medidas de cuidado: se trata, por lo tanto, de deberes derivados, y no directos. Vid., sobre ello, más ampliamente, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3-XIV, con ulteriores referencias.

(59) Se trata de nuevo de una atribución de hecho, no de Derecho.

(60) Vid., resumidamente, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 123-124; CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 86-88; POLINSKY, *Análisis económico*, 1985, pp. 55-61; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 157-160.

(61) Tres son las clases de costes del delito (CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 44-45): costes directos del mismo (el resultado contaminante), costes indirectos asumidos por la víctima y/o por el Estado como consecuencia de la lesión del bien jurídico (daños indirectos derivados de la contaminación, costes de las medidas de protección) y costes de la resolución del conflicto.

dico sin que los costes de dicho incremento (en términos de reducción, cualitativa o cuantitativa, de la actividad peligrosa –y socialmente útil–) sean superiores a los costes generados por el riesgo que amenaza de no incrementarse la protección (62). Esto, expresado en términos más empíricos, significa que habrá que buscar aquel modelo de diligencia en el que cualquier incremento adicional por encima de lo exigido en la cantidad o naturaleza de las medidas de cuidado adoptadas para evitar el riesgo signifique un incremento de costes superior a la disminución de costes o incremento de utilidad esperables por la reducción del riesgo para el bien jurídico (63) (64).

4. La decisión eficiente ha de derivarse, por lo tanto, en sede de determinación de la antijuridicidad, fundamentalmente de un análisis coste/beneficio (65). Esto se debe a que en este ámbito se trata ante todo de

(62) CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 106-118, 124-138, 183-194.

(63) *Vid.* CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 153-162, acerca de las condiciones para lograr este nivel de eficiencia.

(64) De nuevo, podría replicarse que es imposible valorar y comparar las funciones de utilidad y de costes de muchos de los bienes, valores, derechos e intereses que son reconocidos por el Ordenamiento, por su incalculable valor: *vid.*, por ejemplo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *StGB*, 1991, 34, nm. 23. Pero, en realidad, dicha réplica sería una petición de principio, contradicha por la realidad jurídica: lo cierto es que las vidas, las propiedades, las lesiones corporales, etc., se valoran y se comparan todos los días (en la regulación de las causas de justificación, en la constitución de seguros, en la determinación de las indemnizaciones, etc.). *Vid.*, en el mismo sentido, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 149; el mismo, *Jurisprudence*, 1990, p. 379; CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), pp. 716-717; el mismo, *Accidentes*, 1984, pp. 35-36; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 38-39. Cuestión distinta es que muchas veces dicha valoración no sea monetaria, y ni siquiera cuantificable en términos cardinales (*vid. infra*).

(65) Hablamos de análisis coste/beneficio para referirnos a la valoración –y ponderación– de las curvas de utilidad y de costes de cada incremento o disminución adicional del nivel de protección del bien jurídico (a través de la consiguiente reducción o elevación del nivel máximo de riesgo permitido). *Vid.* WÄLDE, «Entscheidungstheoretische Perspektiven für die Rechtsanwendung», *Rechtsth.* 6 (1975), pp. 231-234. Dicho análisis exige, una vez establecidas las posibilidades de decisión y sus diferentes consecuencias, el desarrollo de varios pasos sucesivos, que aquí sólo describiré muy someramente, dado que merecen un estudio pormenorizado que aquí resulta imposible. En primer lugar, habrá que fijar la curva de indiferencia o de isoutilidad entre los dos intereses en juego, de protección del bien jurídico y de preservación de la actividad socialmente útil (*vid.* MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 91-92, 93). En segundo lugar, hay que establecer la tasa marginal de sustitución, esto es, la proporción en la que la renuncia a (parte de) uno de los intereses concurrentes representa una utilidad para el otro interés (MADDALA/MILLER, *op. cit.*, pp. 95-96). En tercer lugar, debe determinarse la llamada isocuenta de producción, que es la curva que indica las diversas combinaciones de factores (en nuestro caso, de medidas de cuidado) que dan lugar a un idéntico producto final (en nuestro caso, a un mismo nivel de protección del bien jurídico), así como la tasa de sustitución entre dichos factores: MADDALA/MILLER, *op. cit.*, pp. 170, 172-173. En cuarto lugar, hay que determinar los costes de producción de cada uno de esos factores (MADDALA/MILLER,

fijar estándares de conducta (66). Y los mismos, en nuestro Derecho, han de ser establecidos conforme a criterios eminentemente objetivistas, de protección de los intereses en juego (67).

Sólo en segundo lugar, por lo tanto, desempeñarán aquí un papel las eventuales consideraciones en relación con la necesidad preventiva de pena (68) (en definitiva, un análisis coste/eficacia) (69), como derivación del principio de intervención mínima del Derecho Penal (límite, pero no

op. cit., pp. 196-210): o, en nuestro caso, el coste de adoptar cada una de las medidas de cuidado necesarias. Y, sobre la base de todos estos datos de utilidades y de costes, se podrá adoptar ya la decisión final respecto del nivel de riesgo permitido que resulta deseable en términos de eficiencia: a saber, aquél en el que un incremento en la protección de uno de los intereses concurrentes (a través de la disminución o elevación del nivel máximo de riesgo permitido) signifique, en atención a los costes marginales generados, una utilidad marginal de signo negativo de mayor entidad que la utilidad marginal positiva que dicho incremento de protección genera directamente.

(66) A esto atiende fundamentalmente la llamada «norma primaria» o «norma de conducta»: *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, pp. 340-352, con ulteriores referencias.

(67) Para una mayor fundamentación de este punto de partida, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 3-III, 3-IV, 7, 9-III, con ulteriores referencias.

(68) Sobre el propio concepto de necesidad de pena, *vid.*, recientemente, LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADP* 1993, pp. 22 ss., *passim.*, quien aporta amplias referencias al respecto.

(69) Se habla de análisis coste/eficacia para aludir al estudio de las implicaciones que tienen sobre la decisión, en el ámbito de la razón práctica, dos hechos: la falta de transparencia plena en cuanto a la información disponible a la hora de adoptarla y la incertidumbre que, en medios no deterministas —como lo es el medio social—, caracteriza siempre el conocimiento de las eventuales consecuencias futuras de dicha decisión. *Vid.* WÄLDE, *Rechtsth.* 6 (1975), pp. 235-236. Pues, en virtud de estos dos factores, cualquier decisión, además de ser eficiente en abstracto (esto es, atendidos los costes y beneficios que en principio deberían derivarse de la misma), debe serlo también en concreto (debe ser eficaz: sobre el concepto de eficacia en materia jurídica, *vid.* RAISER, *Rechtssoziologie*, 1987, pp. 252 ss., con ulteriores referencias). Y, para ello, en ocasiones es preciso incrementar los costes (MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 600-604): elevar el nivel de exigencia jurídica, reduciendo el nivel máximo de riesgo permitido; incrementar las sanciones;... Con lo que, de hecho, en estos casos resulta preciso realizar una nueva ponderación de costes y beneficios (de costes y de eficacia), para determinar el nivel óptimo de intervención: *vid.* POLINSKY, *Análisis económico*, 1985, pp. 90 ss., para un ejemplo de análisis coste/eficacia. Pues bien, mi tesis es que, en el nivel de la aplicación del Derecho Penal (otra cosa muy distinta sucede en el momento de la tipificación: *vid.*, por todos, ATIENZA, en BERGALLI (coord.), *El Derecho*, 1989, pp. 57-58; el mismo, *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 280-281; CASALMIGLIA, *Doxa* 13 (1993), pp. 171-172), este tipo de argumentos (argumentos de índole preventiva) sólo opera de forma secundaria en sede de antijudicialidad (aunque, como veremos, en ocasiones —pero excepcionalmente— son estas consideraciones de eficacia preventiva las que llevan a reducir el ámbito del riesgo permitido), mientras que, por el contrario, es la principal clase de argumentos que rige el juicio de culpabilidad.

fundamento de la tipicidad penal) (70). Por el contrario, dicho tipo de análisis tendrá un papel fundamental en el juicio de culpabilidad (al menos si la misma se entiende como receptividad normal –y sobre este término gravitará la valoración coste/eficacia– del sujeto a la motivación precedente de las normas penales) (71).

5. Al margen de estos dos núcleos esenciales (primario uno, secundario el otro) del proceso de determinación de la antijuridicidad –y del nivel máximo de riesgo penalmente permitido–, entrarán en consideración también, en algunos casos (para ciertas clases de delitos, o para algún caso únicamente), argumentos de eficiencia adicionales (que, sin embargo, no van a ser examinados aquí en detalle):

a) En primer lugar, habrá que tener en cuenta la incidencia de las situaciones de negociación entre las partes del conflicto, delincuente y víctima. Pues, en efecto, como ha sido puesto de manifiesto por muy diversa doctrina, tanto por la criminológica (72) como por la propia de la teoría de los juegos, existen situaciones de conflicto generadoras de responsabilidad en las que cabe la posibilidad de una negociación entre ambas partes afectadas; o, por mejor decir, en las que la negociación entre ellas, dado su coste relativamente reducido, es pensable (73). Tales situaciones pueden darse, por ejemplo, en el caso que venimos contemplando de delincuencia medioambiental: es perfectamente posible que la comunidad afectada por el acto contaminante esté dispuesta a negociar con el contaminador la retribución por el riesgo y/o por la lesión. Y lo importante es que dicha negociación, con el comportamiento estratégico al que da lugar (74), puede conducir, si no es tenida en cuenta, a que el

(70) Como he indicado ya en otra parte (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 3, n. 79), el llamado «principio de intervención mínima» no puede ser considerado como un auténtico principio, en el sentido de que cree una vinculación vigente en todos los casos (*vid.* ATIENZA/RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas», *Doxa* 10 (1991), pp. 104-105), sino únicamente como una directriz o norma programática, que ha de constituirse en objetivo y orientar la aplicación de las reglas de imputación.

(71) ROXIN, *AT*, I, 1992, pp. 547-550.

(72) *Vid.* GÖPPINGER, *Kriminologie*, 4.^a ed., 1980, pp. 600, 601-603, 606; SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1987, pp. 774-780.

(73) Sobre las condiciones y procedimiento de dicha negociación, *vid.*, por todos, AXELROD, *La evolución de la cooperación* (trad. de L. Bou), 1984, *passim*, con ulteriores referencias; e igualmente, HAFT, *Verhandeln*, 1992, *passim*.

(74) Se habla de «comportamiento estratégico» para referirse a la conducta del sujeto que participa en un juego estratégico: esto es, en una interacción con otros sujetos regulada por unas reglas de tal índole que los resultados beneficiosos o perjudiciales no se derivan solamente de su comportamiento, sino también del comportamiento de los demás intervinientes en el juego. En este sentido, la negociación es un caso paradigmático de juego estratégico: las ventajas o cargas que obtenga cada una de las partes depende tanto de su actuación como de la de los demás intervinientes.

resultado efectivo de la ponderación de intereses realizada por el juez no resulte feliz, a pesar de que la misma haya sido hecha de acuerdo con los criterios de eficiencia que estamos analizando. Pues, en efecto, puede ocurrir que las partes (por ejemplo, la víctima o el Ministerio Fiscal) estén dispuestas a reducir su pretensión de persecución penal del delito a cambio de compensaciones presentes o futuras (que pueden ser privadas –compensación económica, soborno–, pero también de interés público –nuevas inversiones–).

Desde el punto de vista del Derecho Penal (que, no lo olvidemos, es una parte del Derecho imperativo) esta posibilidad de negociación entre las partes directamente afectadas en el conflicto (puesto que normalmente sólo para las partes directamente afectadas –esto es, responsables penales y sujeto pasivo de su acción– suele ser posible negociar a un coste razonable) significa un claro desafío a la función preventiva –tanto general como especial– que el mismo pretende tener. Por ello, a la hora de realizar la ponderación (el análisis coste/beneficio y el análisis coste/eficacia) dicha posibilidad habrá de ser tenida en cuenta: a saber, la de que las partes en el conflicto puedan actuar de una forma distorsionada como consecuencia de un comportamiento estratégico, dirigido a influir en la otra parte y en la decisión judicial. Por ello, puede ser necesario hacer pesar este hecho en el juicio de antijuridicidad. Así, por ejemplo, es posible que en supuestos en los que la negociación es factible sea preciso que el nivel de riesgo penalmente permitido sea fijado en un punto más bajo de lo que en principio, conforme a un estricto análisis coste/beneficio, correspondería, con la finalidad de combatir, desde el punto de vista preventivo-general, las expectativas de negociación y liberación de su responsabilidad que el posible autor del delito (así, en el delito medioambiental del que antes hablaba) pudiera eventualmente poseer. O, al contrario, es posible que en otros casos (por ejemplo, en ciertos accidentes de circulación) sea conveniente elevar el nivel máximo de riesgo permitido por encima de lo que en principio parece el nivel eficiente, para evitar una tendencia de las víctimas a exponerse en exceso, ante la posibilidad de negociar con la otra parte y obligarla a adoptar aún mayores medidas de cuidado para evitar la atribución de responsabilidad.

b) Naturalmente, en segundo lugar, será posible también tener en cuenta el dato de la aversión o neutralidad ante el riesgo del sujeto que ha de ser motivado por el Derecho Penal (75). De este modo, la media y distribución estadística del grado de aversión al riesgo de los destinatarios concretos de un tipo penal puede servir como argumento (de índole

(75) POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 127-128.

preventivo-general) para la fijación del nivel máximo de riesgo penalmente-permitido (76).

VII. ALGUNAS DIFICULTADES PARA LA DISTRIBUCIÓN EFICIENTE

1. Aceptado, pues, el hecho de que el problema ha de abordarse fundamentalmente en términos de análisis coste/beneficio (pero con las numerosas matizaciones y limitaciones que he ido introduciendo a lo largo del trabajo), me parece que las dos dificultades mayores son, de hecho, las siguientes: primero, las relativas a la información disponible sobre las alternativas de actuación y sus consecuencias; y segundo, las existentes para valorar de modo consistente dichas alternativas.

2. En lo que respecta al primero de los problemas, el de la información, el mismo debe ser solucionado en parte en Derecho Penal mediante la fijación, por decisión normativa, de un estándar mínimo de conocimientos y capacidades, que se presuponen a todo aquél que ocupe una determinada posición en el tráfico jurídico (y, naturalmente, el contenido de dicho estándar es independiente del hecho de que, *de facto*, el ocupante de la posición en cuestión posea o no tales conocimientos, pues se trata más bien de un criterio de atribución de responsabilidad) (77). En mi opinión, la fijación de dicho estándar ha de ser individualizada para cada una de las posiciones definibles en el seno del tráfico jurídico (78) (aunque pueda ser elevado para casos concretos), pues —entre otras razones, que aquí no examinaré (79)— sólo tal método garantiza la adecuada relación entre este criterio de atribución de responsabilidad y las necesidades de prevención, así como una eficiente asignación de los costes para el caso concreto (80).

(76) Sobre la forma de determinar el valor de este parámetro, *vid.* MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 604-607.

(77) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 7. No obstante, dicha independencia no es absoluta (*ultra posse nemo obligatur*), lo que tiene una doble justificación: desde la perspectiva de la justicia, por razones de inexigibilidad, y desde la de la eficiencia, a causa de la imposibilidad (o del elevadísimo coste) de conocer todas las posibilidades de creación de riesgo (CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), pp. 733-734; POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 130).

(78) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 8-IX.

(79) *Vid.*, para más detalles, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 7, 9-VIII.

(80) CALABRESI, *HarvLR* 78 (1965), pp. 733-734. Y, tal y como indica POSNER, *Economic Analysis*, 1977, p. 125, para hacer frente —y minimizar— los elevados costes de esta individualización del deber para cada caso se recurre al mecanismo de la tipificación de las posiciones jurídicas. Tipificación que es expresada a veces por escrito (en reglamentos administrativos o profesionales) y en otras ocasiones se plasma

En efecto, la fijación del estándar de conocimientos y de capacidades conforme al cual se enjuicia la conducta de un sujeto es el punto en el que se establece el límite máximo de la responsabilidad penal (y así se cumple, al menos formalmente, con el principio de responsabilidad subjetiva): el grado de diligencia que es debido (81). De este modo, la opción por un estándar fijado normativamente pero tendente a la individualización de la responsabilidad –y en la práctica, establecido por el juez– da entrada en este momento a las consideraciones de eficiencia, además de a las de justicia (82). Así, lógicamente el nivel de conocimientos y de capacidades que se tome en consideración para juzgar la conducta de quien ocupa una posición jurídica debe tener mucho que ver con las necesidades preventivas y con la eficaz distribución de los costes entre los intervinientes en el conflicto, en el sentido antes visto (83). Por ejemplo, parece claro que el estándar de conocimientos del director de una empresa que maneja sustancias altamente contaminantes ha de ser relativamente elevado, pues parece razonable atribuirle a él y a su empresa los costes –y la responsabilidad, si no los asume adecuadamente– de evitar el acto peligroso o lesivo para el medio ambiente.

3. Si nos referimos, por otra parte, a la cuestión de la información disponible para el juez a la hora de decidir, el problema no es distinto del que pueda darse en otros casos de adopción de decisiones. Es decir, que la decisión en condiciones de incerteza obliga a utilizar información de carácter principalmente probabilístico (84), y ello tanto en cuanto a la si-

(en usos socialmente reconocidos), y que sirve a la jurisprudencia como fuente para la concreción del deber de conducta del sujeto actuante y del nivel máximo de riesgo que le está permitido crear al mismo en el caso concreto.

(81) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 8-II.

(82) Concluye CALABRESI, *Accidentes*, 1984, p. 278, su análisis de los sistemas de responsabilidad con la afirmación de que un sistema de responsabilidad por culpa sólo es idóneo para reducir al mínimo aquellos resultados lesivos donde la conducta disvaliosa constituya una de las causas necesarias del accidente; no, por el contrario, para reducir la cifra global de resultados lesivos, ni el número global de acciones disvaliosas. Pero es que, precisamente, los fundamentos valorativos del Derecho Penal –principio de responsabilidad subjetiva y principio de protección de bienes jurídicos– conducen también hacia ese objetivo: ni responsabilidad exclusivamente objetiva, por el resultado, ni responsabilidad exclusivamente subjetiva, por el desvalor de la acción. Y, si esto es verdad, resulta que el análisis en términos de eficiencia llevaría también, al igual que la argumentación valorativa habitualmente empleada, a la defensa de un sistema mixto de injusto.

(83) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, caps. 8-IX, 11.

(84) Sobre los procesos de adopción de decisiones bajo condiciones de incerteza, *vid.*, por todos, RAIFFA, *Analyse de la décision* (trad. francesa de Y. DE CALAN/H. DE CARPENTIER), 1973; STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, IV-B: *Entscheidungslogik*, 1973. Y cfr. WÄLDE, *Rechtsth.* 6 (1975), pp. 205 ss.; NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, 1983, pp. 127 ss.; FREUND, «Richtiges Entscheiden»,

tuación objetiva (por ejemplo, el grado de peligro para el bien jurídico) (85) como respecto de la posibilidad de conocimiento de los sujetos intervinientes (la previsibilidad del riesgo para el autor) (86). Esto, naturalmente, dificulta la toma de una decisión, aunque no creo que deslegitime la decisión adoptada, siempre que se observen las leyes epistemológicas que regulan la utilización de conocimientos meramente probabilísticos, puesto que se trata de una limitación inherente a casi todos los procesos de razonamiento práctico (87).

4. Por lo que se refiere a las dificultades en relación con la valoración de las alternativas, y sin referirme aquí detalladamente ahora a todos y cada uno de los pasos necesarios en el proceso de valoración [básicamente: valoración de cada una de las alternativas posibles de decisión, posterior ordenación de las mismas y, finalmente, elección de la(s) óptima(s) desde el punto de vista de la eficiente asignación de recursos –fijación del nivel máximo de riesgo permitido para el caso concreto–] (88), creo que se pueden hacer las siguientes aclaraciones:

a) En primer lugar, es importante notar que, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de decisión colectiva, en el de la aplicación del Derecho –y, señaladamente, en el del Derecho Penal– las valoraciones no son otorgadas, ni siquiera como modelo, por agregación de preferencias individuales, sino por decisión autoritaria de un único sujeto (el Ordenamiento jurídico, personificación de los sentidos posibles de las normas, según la redacción y el contexto sistemático y valorativo en los que las mismas se encuentran) (89). De este modo, se diluyen en este ámbito los problemas de adopción de la decisión colectiva (paradoja de

GA 1991, pp. 387 ss., *passim*; SCHWINTOWSKI, «Das Konzept funktionaler Interdependenz zwischen Ökonomie und Recht», *Rechtsth.* 23 (1992), pp. 44-53, en relación con la utilización de la Teoría de la Decisión a los procesos de aplicación del Derecho.

(85) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 5.

(86) *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 9-V.

(87) PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 5-V. No debe descartarse tampoco, sin embargo, la eventualidad de que en ocasiones las limitaciones en la información realmente disponible sean tales que la ponderación se convierta en un auténtico remedo, carente de cualquier racionalidad teleológica: *vid.*, al respecto, TEUBNER, «Aspetti, limiti, alternative della legificazione», *SD* 1985, pp. 13-23. Cuando esto sea así, la vigencia del «principio de intervención mínima» debe conducir necesariamente a negar la existencia de negligencia –al menos, de la penalmente típica– en la conducta y a afirmar la presencia de un riesgo –penalmente– permitido, siempre, claro está, que se respete el «contenido esencial» de los objetivos de justicia de la regulación y su tenor literal en cuanto límite a la punición.

(88) *Vid.*, más ampliamente, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 11.

(89) LARENZ, *Metodología*, 1980, pp. 314-315.

Arrow, etc.) (90), trasladándose al previo momento legislativo. Aunque, claro está, y puesto que para obtener una valoración jurídica de las distintas alternativas de decisión posibles el juez ha de recurrir al conjunto del Ordenamiento jurídico (para valorar los distintos niveles posibles de protección del medio ambiente en un caso concreto, con sus correlativas consecuencias en materia de desarrollo económico, libertad individual,...), en dicha interpretación se verá obligado a realizar un cierto regreso *ad infinitum*, considerando las perspectivas «de la justicia» y «de la eficiencia» en la interpretación de cada una de las normas consideradas. Complicación esta que en nada cuestiona la legitimidad del método propuesto, y que habrá de ser solventada por la vía de la creación de una tradición interpretativa jurisprudencial coherente en la materia.

b) En segundo lugar, y como ya señalé con anterioridad, es importante seleccionar bien los intereses que pueden ser considerados –legítimamente, se entiende– en la ponderación y en el análisis coste/beneficio. En este sentido, ya dije que, cuando se trata del nivel de protección penal que merecen bienes jurídicos dotados de rango constitucional (y muchos de los protegidos en nuestro CP gozan de él: vida, integridad física, honor, intimidad, libertad, medio ambiente,...), solamente derechos, principios o intereses que posean idéntico rango pueden ser considerados como concurrentes; y solamente respecto de ellos puede plantearse la duda –la «zona gris», de la que antes hablaba– de cuál es el nivel de protección penal que garantiza adecuadamente, esto es, eficientemente desde el punto de vista social, los dos intereses en juego. La cuestión resulta, por el contrario, más dudosa cuando el bien jurídico-penalmente protegido no es proclamado como tal por la CE (no hay muchos casos en nuestro Derecho: la fe pública, determinadas facetas de la protección penal del patrimonio, algunos casos de delitos sexuales, ciertos delitos contra la salud pública o contra la seguridad del Estado,...). En ese caso, será posible admitir como legítimamente concurrentes muchos otros intereses estimables para el Ordenamiento jurídico, reconocidos en normas con fuerza de ley, en tratados internacionales suscritos por el Estado español, en sentencias del TC, ... además, claro está, de los constitucionalmente reconocidos. De cualquier forma, lo que importa es darse cuenta de que cuando la concurrencia no sea legítima (por tratarse de intereses de rango inferior en nuestro Ordenamiento al del bien jurídico-penalmente protegido) será tan sólo aparente, debiendo gozar el bien en cuestión del máximo de protección sin consideración alguna por el otro interés. Así, el caso de posible delito ecológico que venimos manejando puede plantear dudas en relación con la concurrencia entre protección del medio am-

(90) *Vid.*, para una amplia introducción a la problemática de la decisión colectiva, MUELLER, *Elección pública* (trad. de J. C. ZAPATERO), 1984, donde se examinan todos estos problemas y las diversas alternativas de solución.

biente y libertad de empresa; no pueden, sin embargo, existir tales dudas acerca de que el bien jurídico medio ambiente es de superior rango, por ejemplo, que la obligación de obedecer a los mandatos de la Administración Pública.

c) En tercer lugar, es necesario insistir en la exigencia de que, para que sea lícito recurrir a métodos de ponderación, es preciso que la concurrencia entre intereses —dando ya por supuesto que sea legítima— no sea solventable mediante el recurso a soluciones que no afecten a ninguno de los dos intereses (y tampoco a un tercero del mismo rango) (91).

d) En los casos en los que los intereses concurrentes y merecedores de protección jurídicas son diversos, parece que lo que debe hacerse es enfrentar el interés en la protección del bien jurídico (en nuestro ejemplo, del medio ambiente) con cada uno de los otros intereses concurrentes (el desarrollo económico de una zona, la libertad de empresa, el derecho de propiedad,...), y luego optar por el mínimo común de protección penal a todos ellos (en virtud de las exigencias del principio de intervención mínima) (92).

e) En quinto lugar, hay que advertir de que la valoración de alternativas y su ordenación habrá de realizarse generalmente, en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, a través de cuantificaciones ordinales, y no cardinales. Y ello, naturalmente, ante la muy frecuente dificultad de valorar numéricamente (y menos aún en términos monetarios) (93) los costes y beneficios de las distintas alternativas (94).

f) Finalmente, parece preciso utilizar en este proceso un concepto restrictivo de costes y de beneficios, que permitan aplicarlo en procesos

(91) *Vid.*, sobre este requisito, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 10-IX.

(92) En un ejemplo: si los puntos de equilibrio entre la protección del bien jurídico medio ambiente y la libertad de actuación son, en relación con cada uno de los intereses concurrentes —el desarrollo económico de una zona—, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, respectivamente n , $n+1$, $n+5$, $n+20$ (entendiendo que cuanto mayor es la cifra referida, mayor es la protección penal, y menor por lo tanto el espacio de riesgo permitido), entonces la decisión judicial debería inclinarse por fijar en n el nivel máximo de riesgo permitido para ese caso concreto. Y ello, porque sólo en ese punto —el punto mínimo de equilibrio— se respetan de forma suficiente todos los intereses referidos a la libertad de actuación que concurren; y, en definitiva, porque así lo exige el acatamiento a ese objetivo del Derecho Penal que es el «principio de intervención mínima» —mínimamente necesaria—. Con este resultado, por cierto, el bien jurídico quedará de hecho parcialmente desprotegido —desde el punto de vista penal—, en beneficio de la libertad de actuación. Aunque, como hemos visto, ello sólo será admisible hasta un cierto límite: a saber, el de la afectación al «núcleo esencial» del bien jurídico.

(93) POLINSKY, *Análisis económico*, 1985, pp. 138 ss.; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 38-39.

(94) Cfr. MADDALA/MILLER, *Microeconomía*, 1991, pp. 90-91, en relación con la naturaleza necesariamente ordinal de la función de utilidad. *Vid.*, igualmente, CALABRESI, *Accidentes*, 1984, pp. 205 ss.

penales reales, por más que con ello se pierda algo en la eficiencia de la decisión. Así, creo que sólo los efectos directos y (relativamente) inmediatos de la decisión sobre cada uno de los intereses concurrentes puede ser considerado. Además, no parece que deban tomarse en consideración los costes de oportunidad de cada una de las alternativas de decisión (95), sino únicamente los costes directos: los de adoptar las medidas de cuidado para proteger el bien jurídico y los del resultado lesivo que amenaza a dicho bien. Acaso en el futuro, con modelos de análisis más perfeccionados, sea posible trasladar al ámbito de la aplicación judicial del Derecho Penal nuevos elementos de coste y de beneficio, pero hoy por hoy parece ilusorio plantearlo.

VIII. CONCLUSIONES

1. De todo lo anterior surge, pues, un completo programa de investigación, que en muy buena medida está aún por realizar, y que me atrevo a proponer a modo de conclusión. Dicho programa debe centrarse, en sus líneas esenciales, en dos grandes cuestiones:

a) En primer lugar, es preciso determinar (y en esto la Dogmática, tanto penal como constitucional, ya ha avanzado algo) (96) cuál debe ser el contenido de esos «núcleos esenciales» de los bienes jurídicos penalmente protegidos, así como los de los derechos fundamentales, reglas y principios básicos del sistema jurídico que pueden, eventualmente, concurrir con ellos en un concreto caso penal.

b) En segundo lugar, hay que proceder a desarrollar modelos metodológicamente bien fundamentados de ponderación, que vayan más allá de las indicaciones excesivamente genéricas que cuantos nos hemos ocupado de estos temas nos limitamos a dar (97). Y esta segunda línea de in-

(95) Se habla de «costes de oportunidad» para referirse a las utilidades no obtenidas como consecuencia de la decisión tomada.

(96) Vid. entre otros, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972; MARX, *Zur Definition des Begriffes «Rechtsgut»*, 1972; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*, 1973; CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974; POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en Derecho Penal*, 1974; CUELLO CONTRERAS, «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal», *ADPCP* 1981, pp. 461 ss.; HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991.

(97) Decía, muy expresivamente, SILVA SÁNCHEZ, en una intervención oral durante el Coloquio sobre «La Política Criminal y el sistema del Derecho Penal» (Barcelona, 18 de junio de 1994), que los penalistas hemos sido capaces de llegar a un cierto consenso sobre la necesidad de definir los espacios de riesgo permitido, pero que no somos capaces de ir más allá, y de definirlos efectivamente. Este humilde reconocimiento de nuestras limitaciones debería ser la base de nuevas investigaciones al respecto.

vestigación habrá de ser, a mi entender, necesariamente interdisciplinar. Pues, en efecto, desde la pura perspectiva dogmática es imposible aportar otra cosa que no sea una valoración de las alternativas que se enjuician; pero, para llegar a dicha valoración, será siempre necesario el análisis previo de las alternativas posibles y de sus implicaciones (sociales, económicas, etc.), estudio éste que supera al propiamente jurídico.

2. Para acabar, permítaseme apuntar la siguiente opinión: la práctica de nuestros tribunales penales en materia de imprudencia ha venido estando hasta muy recientemente viciada (además de por una muy notable falta de sistemática), por una escasa atención a esa función de «gestión del riesgo permitido» de la que hablaba en un principio (98). De este modo, el sentido de las decisiones judiciales al respecto ha tenido más que ver con la brillantez de las argumentaciones de las partes y con el grado de presión social sentida por los juzgadores, que con auténticos criterios de eficiencia social (99).

En los últimos años, por contra, tanto jueces como abogados recurren cada vez más al tópico del «riesgo permitido» en sus argumentaciones (100). No obstante, dada la falta de criterios claros en la jurisprudencia al respecto, existe el peligro de que dicho tópico (101) se convierta en un mero pretexto para introducir en el proceso penal factores psicológicos, sociológicos o de negociación no contemplados por las leyes, que despenalicen las conductas de manera arbitraria y, probablemente, injusta y discriminatoria (102). Urge por ello comenzar a introducir racionalidad en este tema.

En este contexto, criterios como aquél de la jurisprudencia norteamericana conocido bajo el nombre de «fórmula de Hand» (el reo responderá por imprudencia en los casos en los que el daño causado por el accidente, multiplicado por la probabilidad del mismo, supere el coste de

(98) *Vid.* las numerosas referencias recogidas al respecto en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 4.

(99) En efecto, como en otro lugar he señalado (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 4, núm. 1), la jurisprudencia española –como todas– ha operado siempre con ciertos criterios acerca de lo que debía ser considerado riesgo permitido, aunque no lo denominase así. Lo que ha ocurrido es que dichos criterios eran, primero, asistemáticos y, segundo, harto discutibles.

(100) *Vid.*, por ejemplo, la SAP-Valencia 23-10-1990 (*APen* 1990, núm. A-313); o la STS 23-4-1992 (A. 6783).

(101) Sobre el concepto de «riesgo permitido» como tópico de la argumentación jurídica, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, cap. 12-IV.

(102) Es decir, que el tópico del «riesgo permitido» sucumba a las amenazas que para la seguridad jurídica representa siempre este tipo de instrumentos argumentativos: *vid.*, al respecto, BOTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre von strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, 1979, p. 102; GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, 1988, pp. 255 ss.

las medidas de protección a adoptar por la víctima potencial para evitar dicho daño) (103), con todos sus problemas y con las limitaciones que su aplicación habría de tener en el ámbito penal (señaladamente, las ya vistas respecto a la obligada exigencia de un núcleo intangible de protección tanto del bien jurídico como de los derechos fundamentales en juego, así como las derivadas de otros principios limitadores del *ius puniendi* estatal), deberían empezar a ser considerados muy en serio por teóricos y prácticos de nuestro Derecho Penal (especialmente en el caso de los delitos imprudentes y de omisión y muy especialmente para aquellos grupos de delitos que se produzcan en ámbitos de actividades regulados por la economía monetaria), al menos como punto de partida de sus discusiones. A partir de ahí son posibles cuantas revisiones y matizaciones se consideren necesarias. Pero, si seguimos pretendiendo ignorar el aspecto utilitario (104) e instrumental de las normas penales y su relación con la asignación eficiente de los recursos sociales, corremos el riesgo, cada vez mayor, de que sólo lo perciban y lo utilicen los de siempre: o sea, los más fuertes (105).

(103) *Vid.*, al respecto, POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 122-123.

(104) POSNER, *Justice*, 1983, pp. 60 ss., intenta marcar las diferencias entre el utilitarismo y el análisis económico del Derecho. No obstante, y aun aceptando sus matizaciones (en suma: primero, que el utilitarismo se mueve casi exclusivamente en el plano del lenguaje prescriptivo –de la valoración de la realidad y de formulación de propuestas de reforma de la misma–, mientras que el análisis económico del Derecho posee un amplio bagaje descriptivo acerca del funcionamiento de esa realidad; y segundo, que no todo argumento utilitario es económicamente aceptable), lo cierto es que esta perspectiva metodológica entronca con la tradición filosófica utilitaria, segregando aquella parte de la misma más aceptable desde el punto de vista científico (en los términos de POPPER, *La lógica de la investigación científica* (trad. de V. SÁNCHEZ DE ZAVALA), 1962, pp. 33-38, 39-42: lo científico como conocimiento contrastable, falsable): *vid.*, en el mismo sentido, CASALMIGLIA, *RCEC* 1 (1988), p. 306. Aunque, desde luego, sea posible –como aquí se propone y en muchas ocasiones se ha hecho ya– utilizar el instrumental analítico propio de esta tradición sin aceptar por ello automáticamente las valoraciones y propuestas que el utilitarismo ensaya.

(105) RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, 1981, pp. 241-242.