

DR 29 1166

Uned, Radio Educativa. Hola, muy buenas noches. Aquí comienza el tiempo de Radio Cultural y Educativo que les ofrece la Universidad Nacional de Educación a Distancia en colaboración con Radio Nacional de España.

Les saluda y da la bienvenida en nombre de la UNED, Charo López de Haro. Iniciaremos el programa con la revista de Derecho dedicada a los temas correspondientes a las asignaturas de segundo curso. Seguirá un tiempo para la información universitaria, las ofertas de empleo público, el rincón literario y las entrevistas, todo ello dentro del espacio informativo universitario.

Y cerraremos con el curso de acceso a la universidad para mayores de 25 años. Los profesores de Geografía, Antonio Fernández y Carmen Muguruza, explicarán las corrientes marinas. Y con esta sintonía comenzamos cada viernes la revista de Derecho.

Esta noche nos centraremos en las materias de segundo curso y estos son los temas que les ofreceremos a continuación. Del concepto de la acción finalista nos hablará el catedrático de Derecho Penal José Cerezo Mir. En Economía Política, el catedrático Juan Antonio Jiménez Ullastre se explicará el análisis económico del derecho.

La profesora de Derecho Canónico María José Ciaurriz analizará un tema que lleva por título la libertad religiosa. En Derecho Político II, intervendrá en primer lugar el catedrático Antonio Torres del Moral, que hablará de la eficacia de los derechos frente a terceros y del principio de igualdad. Y en segundo lugar, lo hará también el catedrático Óscar Alzaga Villamil, que explicará los niveles de protección de los derechos fundamentales.

Finalizaremos con un tema de Derecho Civil. La profesora titular María Teresa Bendito Cañizares y Magdalena Iglesias López hablarán del abuso del derecho. Y vamos a entrar en los contenidos de la revista dando paso, en primer lugar, al catedrático de Derecho Penal de la UNED, don José Cerezo Mir, que va a analizar un tema muy teórico y estrechamente relacionado con la teoría del delito.

El concepto de la acción finalista. Un concepto filosófico jurídico que surgió en los años 30, pero es después, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, cuando se produce la extraordinaria difusión de la doctrina, de la acción finalista y del nuevo sistema del derecho penal. Es, por tanto, un concepto importante que requiere unos minutos de reflexión y análisis.

Oigamos al profesor Cerezo, a quien damos la bienvenida a la revista. Buenas noches. Buenas noches.

Voy a hablarles hoy del concepto de la acción finalista. Pero no me voy a limitar a reproducir, o aclarándolo, lo que expongo en el libro de texto, sino que quiero darles una visión más profunda, de mayor alcance, de la trascendencia del concepto finalista de la acción. Y yo creo

que, para comprender toda la trascendencia de este concepto finalista de la acción, hay que tener en cuenta, en primer lugar, el contexto de su aparición, el momento histórico de su aparición, y también la trascendencia que ha tenido este concepto de la acción para la elaboración de todo un nuevo sistema del derecho penal.

Belsen formuló el concepto de la acción finalista en los años 30. Hacía, por lo tanto, mucho tiempo, cuando, con base en la filosofía neocantiana de la Escuela Sudoccidental Alemana, la filosofía de los valores, se había superado la influencia excesiva del naturalismo y del positivismo. En la ciencia, el derecho penal.

Influencia del naturalismo y del positivismo, que era perceptible claramente en el concepto causal de la acción. Frente a él, elabora Belsen el concepto finalista. Pero la extraordinaria difusión de la doctrina de la acción finalista y del nuevo sistema del derecho penal que elabora Belsen, con base en la misma, se produce sólo después de la Segunda Guerra Mundial.

Se produce, entonces, en Alemania, una crisis del positivismo jurídico. Es decir, de aquella concepción según la cual no hay más derecho que el derecho positivo. Y todo el derecho positivo es derecho.

Esta concepción del positivismo jurídico entra en crisis después de la Segunda Guerra Mundial, como les decía, como consecuencia de las experiencias del nacionalsocialismo y de la propia guerra. Y esa crisis del positivismo jurídico después de la Segunda Guerra Mundial dio lugar a una revisión crítica de la filosofía jurídica neocantiana. La filosofía jurídica, fundamentada en la filosofía de los valores de la escuela sudooccidental alemana, quiso superar el positivismo jurídico, pero no pudo conseguirlo.

En realidad, la filosofía jurídica de la escuela sudooccidental alemana vino a complementar únicamente el derecho positivo con una nueva esfera, la esfera de los valores. El derecho positivo se vio complementado por la llamada idea del derecho, con sus tres elementos integrantes, es decir, los valores del derecho, la justicia, la seguridad jurídica y la utilidad. Pero por debajo de esos valores del derecho, la justicia, la seguridad jurídica y la utilidad, seguía vivo el concepto positivista del mismo.

El que puede imponer el derecho demuestra con ello que está llamado a establecerlo, decía Radbruch, en su filosofía del derecho, invocando a Kant. Derecho seguía siendo toda disposición eficaz, es decir, cuyo cumplimiento logra ser impuesto. Derecho era toda disposición emanada de la autoridad competente.

Después de la guerra, y como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico, se somete a revisión, también, el principio metodológico fundamental de la escuela sudoccidental alemana, de la filosofía de los valores. La distinción del ser y el deber ser como dos esferas independientes. Es decir, se somete a revisión esa separación tajante entre el ser y el deber ser que se producía en la filosofía de los valores.

Se produce un renacimiento de las concepciones justnaturalistas, del derecho natural, es decir, de aquel intento milenario de deducir de la naturaleza del hombre el deber ser del derecho. Sin embargo, Belsen lleva a cabo una crítica muy rigurosa de las diversas concepciones justnaturalistas. En su famoso libro, *Derecho penal y justicia material*, en España se tradujo con el título de *Introducción a la filosofía del derecho*.

No es posible, según Belsen, deducir de la naturaleza del hombre el deber ser del derecho. En todas las concepciones justnaturalistas se incurre del mismo vicio lógico, según Belsen. Se incluyen previamente en la naturaleza humana, sólo aquellas características que se consideran valiosas.

Y a continuación se deduce su carácter valioso de su pertenencia a la naturaleza humana. Belsen, sin embargo, creía advertir, en su análisis crítico de las concepciones justnaturalistas, en lo que él llamaba la periferia ontológica, unas estructuras lógico-objetivas, vinculantes para el legislador. El legislador, dice Belsen, está no sólo vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación.

En caso contrario, su regulación será necesariamente falsa. Belsen numeraba varias estructuras lógico-objetivas y la primera de ellas era el concepto ontológico de la acción humana, el concepto finalista de la acción, que para él era un concepto ontológico de la acción, previo a toda valoración jurídica. La acción consiste, según Belsen, en el ejercicio de una actividad finalista.

El legislador no puede modificar ni ignorar la estructura finalista de la acción humana, ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción, por tanto, si ésta ha de corresponder al ser de la misma.

Belsen mencionaba también otras estructuras lógico-objetivas en la materia de la regulación del derecho, y que se debía tener en cuenta, necesariamente, a salvo, en caso de que no lo hiciera, su regulación jurídica sería errónea, sería falsa, pues entre otras estructuras lógico-objetivas menciona también, además de la del concepto finalista de la acción, la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición. El concepto de culpabilidad presupone que el autor hubiese podido actuar de acuerdo con la norma. Si el autor no sabía ni podía saber que su conducta era antijurídica, no actuaba culpablemente.

Ahora bien, la estructura finalista de la acción humana y la estructura de la culpabilidad vinculan sólo al legislador, según Belsen, en caso de que quiera anudar a una acción o a la culpabilidad una consecuencia jurídica. Sólo en caso de que decida vincular una consecuencia jurídica a la culpabilidad, tendrá que respetar, necesariamente, la estructura lógico-objetiva de la misma. En otro caso, podría ignorarla.

Lo mismo sucede con el concepto finalista de la acción. Sólo en el caso de que el legislador quiera anudar una consecuencia jurídica a una acción humana, estará vinculado a la estructura lógico-objetiva de la misma. Partiendo de la base, Belsen, de que el legislador había querido vincular las consecuencias jurídicas a acciones humanas y a la culpabilidad, desarrolló todo un nuevo sistema del derecho penal, que está en la base del programa que ustedes estudian de la parte general.

Los rasgos más destacados de este nuevo sistema del derecho penal que elabora Belsen sobre esa base, el concepto finalista de la acción, la estructura lógica-objetiva de la culpabilidad, son la inclusión del dolo en el tipo de los delitos dolosos. Con lo cual, los tipos de los delitos dolosos pasan a diferenciarse de los tipos de los delitos imprudentes. Por otra parte, la conciencia de la antijudicialidad de la conducta queda desligada del dolo y pasa a ser un elemento de la culpabilidad.

En cuanto a la relevancia del error de prohibición, Belsen desarrolló la llamada teoría de la culpabilidad, que estudiarán ustedes más adelante en la materia del segundo parcial. El error de prohibición no excluye el dolo, sino que puede dar lugar únicamente cuando sea vencible a una atenuación de la pena. Claro, muchos penalistas alemanes de los años 50 y 60 negaron la vinculación del derecho a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación.

Así, Metzger, Galas, Bockelman, Roxin, etc. Y fue esta una cuestión sumamente debatida. Yo creo que Stratenberg fue el que dio con la solución.

Estas estructuras lógico-objetivas, la estructura finalista de la acción humana, por ejemplo, sólo son perceptibles desde una determinada concepción del hombre, del ser humano. Sólo se concibe al ser humano como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación. Conforme a los criterios del sentido, de la verdad y del valor, sólo entonces se hace perceptible la estructura finalista de la acción humana.

O dicho de otro modo, sólo entonces la conducta finalista aparece como la conducta específicamente humana. Actos humanos no finalistas, como los movimientos a reflejos, los movimientos durante el sueño, en el sueño normal, o en el sonámbulo, etc., las convulsiones que sufre un ataque epiléptico, todos estos actos no finalistas aparecen entonces como actos no específicamente humanos. Y lo mismo sucede con las demás estructuras lógico-objetivas, como la de la culpabilidad.

Es decir, que sólo son perceptibles desde el punto de vista de la concepción del hombre como persona, como ser responsable. Por lo tanto, diríamos que es discutible que el concepto finalista de la acción sea un concepto estrictamente ontológico, previo a toda valoración jurídica. Está ese concepto finalista de la acción condicionado por la concepción del ser humano de que se parta.

Sólo si se parte de la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, entonces el derecho tendrá que tener en cuenta, necesariamente, el concepto finalista de la

acción. Claro que entonces se nos plantea el problema, se nos plantea la duda de si el derecho no tendrá que partir, necesariamente, de la concepción del hombre como persona, como ser responsable. Esta es una cuestión clara abierta.

Lo que sí vemos, por la experiencia histórica, es que el derecho humano ha partido siempre de esta concepción del hombre como ser responsable, como persona autónoma. Siempre, incluso en la época de predominio del positivismo antropológico italiano, la Escuela Positiva, la Escuela Positiva Italiana, positivista italiana, incluso en esa época de auge de esas ideas, de la Escuela Positivista Italiana, el derecho positivo de los países europeos siguió partiendo de la concepción del hombre como persona, como ser responsable. La verdad es que es difícil imaginar que no lo hiciera y partiera el derecho de una concepción determinista del ser humano.

Las normas serían concebidas, entonces, únicamente como factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Y esto resultaría tanto más chocante cuando los seres humanos se consideran a sí mismos libres, consideran que en todo momento pueden elegir los fines de su conducta y seleccionar los medios necesarios para la consecución de los fines. Realmente parece imposible o difícil que el derecho ignore la concepción que tienen los ciudadanos de sí mismos y del mundo.

Yo creo que de esta manera podrán ustedes comprender mejor en la trascendencia el concepto finalista de la acción. Ha dado lugar, como han visto ustedes, a la elaboración de todo un nuevo sistema del derecho penal y tiene todo un trasfondo filosófico-jurídico de un enorme calado. Por lo que respecto al concepto finalista de la acción en sí mismo considerado, habría que destacar, subrayando lo que se indica en el libro, habría que destacar que es esencial el concepto finalista de la acción que el contenido de la voluntad pertenece a la acción.

Esto es un rasgo diferencial con el concepto causal, donde sólo interesaba que el movimiento corporal fuera voluntario, un movimiento corporal que hubiera producido un resultado con una determinada relación de causalidad, relegándose el contenido de la voluntad a la culpabilidad. En cambio, en el concepto finalista de la acción es esencial que el contenido de la voluntad pertenece a la acción. Es la voluntad, precisamente, el factor que impulsa y da sentido a la acción humana.

Otro rasgo esencial del concepto finalista de la acción es que es el concepto de finalidad. Bessel parte de un concepto de finalidad como equivalente a voluntad de realización. Es decir que, según él, él no entiende la finalidad en un sentido estricto, que abarque exclusivamente los fines perseguidos por el autor.

Para él, la finalidad comprende, además de los fines, las consecuencias que el autor consideraba que irían necesariamente unidas a la consecución del fin, más las consecuencias previstas por el autor como posibles y con cuya producción contaba. Rechazaba Bessel, en este punto, el considerar que la finalidad comprendiese incluso todas las consecuencias previstas por el autor como posibles, aunque confiase en su no producción, con el argumento que había expuesto en favor de la inclusión de esas consecuencias, Galas, por ejemplo, de que si se

produce el resultado que ha sido previsto como posible por el sujeto, ya no se podría decir que se había producido de un modo puramente ciego causal, sino de un modo finalista. Bessel rechaza esa interpretación, considera que de las consecuencias que el autor ha previsto como posibles solo pertenecen a la acción, aquellas con cuya producción contaba, y que por lo tanto, al realizar la acción, y por lo tanto que habían quedado de ese modo incluidas en la voluntad de realización.

Por lo que respecta a las dificultades con que tropieza el concepto finalista de la acción en los delitos imprudentes, en realidad son dificultades no insuperables si se tiene en cuenta, en la última posición que adoptó Bessel en esta cuestión, según la cual en todos los delitos imprudentes hay una acción finalista. Conducir el coche, por ejemplo, llevar a cabo una intervención quirúrgica, lo que sucede en los delitos imprudentes es que el sujeto, al llevar a cabo una acción finalista, no ha observado el cuidado objetivamente debido, y como consecuencia de ello se ha producido un resultado delictivo, una consecuencia no querida por el sujeto. No es cierto que esta acción finalista real, que existe en todos los delitos imprudentes, no sea relevante para el derecho penal, no lo es el fin que el sujeto perseguía, al conducir el coche, por ejemplo, y a un lugar determinado, no es tampoco en este ejemplo el medio que utilizaba el coche, si el coche era propio y tenía... pero sí podría ser relevante la forma de conducción del vehículo, si se conducía a velocidad excesiva, si se respetaba un stop, o sea que esa acción finalista real, que existe en todos los delitos imprudentes, es relevante para el derecho penal.

No es cierto que no lo sea. Lo que sí es cierto, y es una limitación indudable del concepto finalista de la acción, es que el resultado delictivo no pertenece a la acción en los delitos imprudentes, porque en ellos, por definición, el resultado delictivo que ha sido querido por el sujeto no estaba comprendido en la voluntad de realización del mismo. No obstante, a pesar de ello, a pesar de que el resultado delictivo no pertenece a la acción, en los delitos imprudentes, la acción finalista del sujeto había realizado los delitos imprudentes, no obstante, el concepto finalista de la acción permite tener una comprensión mejor del contenido injusto de estos delitos.

Nada más, muchas gracias por su atención. Nuestro siguiente invitado en la revista es el catedrático de Economía Política don Juan Antonio Jimeno Ullastres, que nos va a explicar en qué consiste el análisis económico del derecho. Cuando al derecho se le aplica la metodología que se emplea en el ámbito de la economía, ésta aporta una perspectiva complementaria que enriquece el conocimiento de los fenómenos y de las medidas jurídicas.

El análisis económico pone el acento en qué medida el derecho funciona como incentivo o desincentivo para determinadas actuaciones, y nos dice cuáles son los medios más eficientes para conseguir los fines que persigue el ordenamiento jurídico. Muy buenas noches y bienvenido, profesor Jimeno, a la revista de Derecho. Muy buenas noches.

Vamos a ver un análisis económico del derecho, y qué significa y qué aporta este análisis

económico del derecho. El análisis económico del derecho pretende simplemente aplicar a los fenómenos jurídicos la metodología que se ha desarrollado en el ámbito de la economía, que, como sabemos, por algunos autores, se defiende como la ciencia de la elección. Es decir, en el fondo, todo ser humano, a la hora de tomar cualquier decisión, de compra, de acción, de hacer una cosa, tiene que elegir entre hacer eso o hacer otros comportamientos, y, en el fondo, lo que hace es valorar los costes y beneficios de sus acciones.

En ese sentido, lo que se pretende es ver cómo las medidas jurídicas consiguen sus objetivos, introduciendo esa perspectiva de eficacia y eficiencia. Recordemos la distinción, eficacia es conseguir unos fines, y eficiencia va un poco más allá, y es intentar conseguir esos fines con los medios adecuados. El ejemplo típico es lo de matar moscas a cañonazos, pues es, evidentemente, una medida eficaz, pero no es eficiente, porque está utilizando unos recursos exagerados.

Bien, pues en el análisis económico del derecho intentamos algo parecido. Veamos cuáles pueden ser los medios más eficientes para conseguir los fines que persigue el ordenamiento jurídico. Tengamos en cuenta que, para el mundo económico, para el análisis del mercado, para comportamientos consumidores, el derecho es el campo de juego, es realmente lo que marca las normas básicas donde se va a desarrollar el encuentro entre oferentes y demandantes, y, por lo tanto, nos interesa muchísimo desde la perspectiva económica, pero, al mismo tiempo, creemos que podemos aportar, desde esta perspectiva económica, una visión más complementaria, no, por supuesto, excluyente de otros análisis, sino, pues dentro de las ciencias sociales, sin duda, todas las aportaciones son positivas.

Entonces, en el análisis económico, lo que vamos a poner el acento es en qué medida el derecho funciona como incentivo o desincentivo para determinadas actuaciones, para aportar, ya digo, una perspectiva complementaria que enriquezca el conocimiento de los fenómenos jurídicos y de las medidas jurídicas. Pues, le parece bien, profesor Gimeno, podemos repasar algunas de las aportaciones de este tipo de análisis, por ejemplo, ha señalado que el derecho marca el campo de juego del funcionamiento del mercado. En ese sentido, el pilar básico es el derecho de propiedad, ¿no es así? Efectivamente, el derecho de propiedad es el pilar básico del sistema de mercado, porque, en el fondo, toda negociación del mercado, toda compra o venta que se hace, es una compra y venta de derechos, es decir, yo tengo un derecho de propiedad sobre un determinado bien o servicio, o respecto a un factor productivo, y yo cedo ese derecho a otra persona, o viceversa, yo adquiero el derecho a consumir o a tener acceso a unos servicios.

En ese sentido, el que esté bien claro quién es el titular de un derecho implica quién es el que puede venderlo, y el que esté muy claro cuáles son los contenidos de ese derecho permite también ver hasta qué punto puedo vender una parte o todo de ese derecho, y, en su caso, si yo soy el que compra, pues me interesa saber si el otro es titular y en qué medida puede realmente hacer uso de ese derecho que me cede, y hasta dónde llega, cuál es el contenido del mismo. La mayoría de los conflictos jurídicos que surgen, históricamente así ha sido, vienen, en

buena medida, por una deficiente definición de cuáles son esos derechos, quién tiene la titularidad sobre determinados temas en los que puede no estar suficientemente claro. Esto es especialmente notorio en campos en los que se está avanzando, en los que son nuevos, en los que se empieza a hablar de derechos, en temas de conquista.

Citamos el ejemplo típico de las películas del oeste, donde son frecuentes los conflictos, precisamente porque no está claro quién tiene el derecho sobre el agua, el río, el campo o la parcela correspondiente. Esto pasa también, por ejemplo, en temas como la contaminación, que es un tema que está relativamente de actualidad desde hace poco tiempo, en lo cual necesitamos definir quién tiene la titularidad, es decir, ¿somos todos los ciudadanos titulares del derecho a un buen medio ambiente?, ¿hay un derecho a contaminar?, ¿hasta qué punto?, etc. En este sentido, se puede citar el teorema de Coase, que es uno de los clásicos en este campo, que defiende que si están bien definidos los derechos de propiedad, no importa muy bien a quién se otorga la titularidad, en cualquier caso, el libre juego de las partes, de los interesados, conseguirá el mejor equilibrio.

Defiende, en este sentido, que el papel del derecho fundamental es definir esos derechos de propiedad y la titularidad de los mismos, y que ya el mercado se encargará de conseguir el nivel adecuado. En este sentido, todas estas innovaciones con las que se habla de la posibilidad de titularizar los derechos, por ejemplo, al medio ambiente, supondría el que uno puede comprar o derecho a contaminar o derecho a que no se contamine, según en qué se ponga en un lado o en otro la titularidad correspondiente. Bien, esto es cierto, pero plantea también problemas.

Plantea problemas, en primer lugar, que pueden aparecer en muchos casos costes de transacción, es decir, poner de acuerdo a compradores y vendedores no siempre es fácil, porque no es fácil delimitar quiénes son los afectados por los perjuicios que puede ocasionar un determinado derecho, una determinada acción, puede ser complicado poner de acuerdo las partes, etc. En segundo lugar, es el problema de las externalidades, el que esas acciones provocan efectos sobre terceros, que no son los que intervienen directamente en el acuerdo, y, por lo tanto, el mercado puede no tener en cuenta los derechos de esas terceras personas que se ven afectadas también por la acción que corresponda. Y, por último, por señalar los más importantes, los aspectos distributivos.

Es evidente que si el punto de partida es desigual, ello puede implicar también una desigualdad en la negociación. Imaginemos, por poner un caso extremo, que se dice bien, usted puede evitar la contaminación simplemente pagando por que no se contamine, pero, claro, si yo no tengo recursos, difícilmente podré optar a ese mercado y podré evitar esa contaminación. Es decir, que esas tres dificultades hacen que no siempre el mercado por sí solo pueda conseguir el equilibrio ideal.

El acuerdo de las partes es lo que llamamos habitualmente un contrato. ¿El papel del Estado es velar por que se cumplan o por regularlos? Las dos cosas. Evidentemente, primero, por

regularlo, porque eso facilita, precisamente, disminuir los costes de transacción de los que hablábamos.

Si existen unos contratos tipo, si existe una normativa que fija más o menos cuáles son los derechos y deberes habituales en un contrato de hipoteca, de prenda, de contrato de arrendamiento, etc., pues implica que ya las partes es más fácil ponerse de acuerdo porque prácticamente solo tienen que fijar dos o tres aspectos, sabiendo que el derecho va a marcar cuáles son los demás. Imagínese lo que sería si cada vez que yo tengo que alquilar un piso tuviera que discutir con el arrendador correspondiente todos los detalles que implica el contrato respecto a los posibles problemas que existen. No en un contrato de compra-venta cualquiera, el regular todas las implicaciones que ello supone en caso de que surjan problemas.

Es mucho más fácil si se dice que hay una legislación general, que es un contrato que, de alguna forma, se impone o se da por hecho, y usted solamente fija el precio y muy pocas condiciones más. Eso facilita, sin duda, la contratación. En segundo lugar, por supuesto, el Estado también vela porque se cumplan los acuerdos, da fuerza y, en cierta medida, también da mayor seguridad, no solo por el hecho de que uno firma un contrato y piensa que tiene fuerza para cumplirlo, sino también porque al Estado tener, de alguna forma, el monopolio de la violencia, evita que cada uno se tome la justicia por su mano y, más bien, dice que el contrato debe cumplirse, pacta su un ser banda, según el conocido aforismo, y el Estado vela porque eso sea así.

Lo que tiene que tener cuidado es qué ocurre cuando no se cumple y cuáles son las sanciones que el que incumple tiene que afrontar, porque, si son muy limitadas, puede ocurrir que tenga más incentivos una persona para incumplir el contrato que para cumplirlo. Si las sanciones, por ejemplo, son muy leves respecto al posible beneficio del incumplimiento, las probabilidades de incumplimiento son muy grandes. Esto no quita para que haya determinadas circunstancias en las cuales pueda tener sentido el incumplimiento, es decir, que sea el propio Estado el que defienda que no, que ese contrato no debe cumplirse porque el daño social puede ser mayor que en el caso del incumplimiento.

¿Cuáles son los casos? Son muy variados, por resumir los más importantes, los que afectan a la capacidad, es decir, si alguna de las partes contratantes claramente no tenía capacidad para contratar, si hay una desigualdad extrema entre las partes, velando porque el equilibrio, como decíamos antes, implica que las dos partes puedan negociar en un plano de igualdad, y, si esto no es así, el resultado difícilmente será deficiente, que existan las externalidades que hemos citado, es decir, que existan efectos sobre terceros de importancia que no hayan sido tenidos en cuenta, que la información sea deficiente, que los costes de transacción sean importantes, son supuestos en los cuales el Estado puede intervenir, incluso, repito, para decir que es mejor que no se cumpla, pero normalmente deben ser menos los casos que aquellos en los que el Estado debe velar porque efectivamente se cumple. Profesor Jiménez, ¿se puede aplicar el análisis económico al derecho penal? Sin duda alguna, incluso, es de los supuestos en los que más paradigmáticamente se ve la eficacia que puede aportar el análisis económico, porque, de

alguna forma, podemos intentar ver eso que decíamos al principio, de qué incentivos y desincentivos supone el derecho penal respecto al comportamiento asocial o antisocial de determinadas personas. Podemos analizar cuáles son los costes sociales de los delitos, ver en esa medida cuáles son los daños que se causan con determinados comportamientos, y el derecho penal funciona claramente como un desincentivo, es decir, intenta convencer a las personas que es mejor que no hagan ese determinado comportamiento que tiene unas consecuencias sociales negativas.

Entonces, lo que tratamos de analizar es cuáles son esos costes sociales y cuáles son las motivaciones de los delincuentes o posibles delincuentes que hacen que, a pesar de todo, cometan esas acciones. En ese sentido, lo que tenemos que analizar son los costes y los beneficios que representa para el delincuente el tomar esa acción y ver cómo podemos conseguir que no le compense realizarlos. Esto puede sonar demasiado simple, quizás demasiado economicista.

¿Nos podría explicar de qué beneficios y de qué costes estamos hablando? Sí, efectivamente, cuando uno oye hablar de costes y beneficios, piensa enseguida en costes y beneficios monetarios, y en este tipo de análisis estamos intentando incorporar costes y beneficios no solo monetarios, sino también de otra índole. En este sentido, es una de las grandes dificultades y limitaciones del análisis económico del derecho el que hay que definir correctamente cuáles son los costes y cuáles son los beneficios, porque una mala definición puede llevar a resultados equivocados. Por poner un ejemplo, ¿cuáles son los beneficios que tiene un delincuente por cometer una acción considerada negativa socialmente? Podríamos resumirlo en el valor esperado del beneficio que espera obtener de esa acción.

Obviamente, en el caso de un robo, por ejemplo, se ve muy claramente en que hay ahí un beneficio económico, pero sin duda puede haber otro tipo de beneficios esperados, pues reparar una ofensa o vengarse de determinadas actuaciones, o similares. Bien entendido que en el valor esperado estamos considerando no solo el valor propiamente dicho, pues del robo o del delito correspondiente, sino también otros factores, como son, por una parte, la probabilidad de éxito, es decir, si dijéramos el valor es lo único importante, pues el Banco Español estaría atracando todos los días, y, sin embargo, vemos que se atraca mucho más a la pobre anciana a la que se le roba su monedero que el valor es mucho menor. Pero, en cambio, la probabilidad de éxito es mucho mayor, con lo cual se compensa, digamos, la escasa cuantía del beneficio con la muy elevada probabilidad de éxito, frente al ejemplo contrario en el que la probabilidad de éxito es muy reducida.

En ese sentido, también hay que tener en cuenta cuál es la valoración subjetiva del posible delincuente, y por ello se dice, las personas con bajo nivel de renta tendrán una valoración mayor, porque para ellos es más importante lo que pueden conseguir que una persona con más alto nivel de renta. Y, por el lado de los costes, pues, por un lado, los posibles costes que pueda implicar la operación, es decir, si es un robo a gran escala, pues supone una planificación y unos medios, lo vemos en las películas, como a veces hay que hacer grandes

montajes y grandes inversiones para poder hacer el delito, pero también, por supuesto, el castigo, es la cuantía de la pena, pero también, de forma mucho más importante, la probabilidad de ser descubierto y de ser castigado, porque si la pena es muy alta, pero no hay ninguna probabilidad de que le descubran a uno, pues es como si la pena fuera cero.