

# MODELOS DE LA RACIONALIDAD HUMANA EN EL JUICIO DE IMPUTACIÓN DEL TIPO PENAL

Lorena Varela

(lorena.varela@upf.edu)

Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: I. Consideraciones previas. I.a. El AED y el AE-CD en el Derecho penal. II. Modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal. II.a. Modelo clásico de la racionalidad humana en el juicio de imputación objetiva. II.b. Modelo de la racionalidad humana limitada en el juicio de imputación subjetiva. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

RESUMEN: La comunicación pretende poner en evidencia la utilidad teórica y práctica que presentan los diferentes modelos de la racionalidad humana provenientes del Análisis Económico del Derecho y del Análisis Económico-Conductual del Derecho en la construcción de las estructuras dogmáticas de la imputación objetiva y subjetiva del tipo penal.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Asumiendo como premisa que las personas somos en mayor o menor medida seres dotados de la facultad de la razón, las unidades de medición y valoración *ex post facto* del comportamiento y de la toma de postura del individuo realizado y asumida *ex ante facto*, respectivamente, habrán de contar con dicha dosis de racionalidad. ¿Pero cuánta racionalidad hay que considerar normativamente para imputar? La respuesta a esta pregunta nos lleva a estudiar algunas de las propuestas de modelos de la racionalidad humana ofrecidos por las ramas del saber, que se ocupan de reflexionar sobre el comportamiento y toma de decisiones de las personas. En este trabajo, por razones obvias de objeto y extensión, me ocuparé sólo de analizar los modelos de la racionalidad humana provenientes del Análisis Económico del Derecho (AED) y del Análisis Económico-Conductual del Derecho (AE-CD), expresiones castellanizadas de la raíz inglesa *Law and Economics (L&E)* y *Behavioral Law and Economics (BL&E)*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Evidentemente, una consideración de esta naturaleza revela la premisa metodológica desde la cual se concibe el estudio y análisis de la dogmática jurídico-penal. La premisa metodológica viene dada por el auxilio de las Ciencias Sociales en la concepción de las estructuras dogmáticas de valoración e imputación de la

La pregunta de la investigación será, entonces, ¿en qué modelo de racionalidad humana se habrán de concebir los baremos de imputación a nivel del tipo penal? Y de modo consecuente, la hipótesis de partida es que el AED opera con un modelo de racionalidad humana compatible sólo con la función o finalidad del tipo objetivo y que el tipo subjetivo sólo puede operar con el modelo de la racionalidad humana limitada del AE-CD.

*Grosso modo* los modelos de la racionalidad humana son estructuras teóricas explicativas-predictivas del modo en cómo funciona nuestra forma de pensar, de interpretar y de tomar decisiones en la vida cotidiana o en situaciones determinadas. Desde estos modelos se estudian tanto los procesos mentales de reflexión, intuición y decisión como los procesos conductuales que los exteriorizan. Estos modelos suelen contemplar los dos aspectos de la racionalidad: la racionalidad teórica, que sería la capacidad innata de las personas para conocer el mundo y para acceder mentalmente a él; y la racionalidad práctica, que es aquella más bien centrada en el tener consciencia de qué medios son los más adecuados, dentro de los que disponemos para alcanzar los fines que nos hemos propuesto<sup>2</sup>.

### *1.a. El AED y el AE-CD en el Derecho penal*

Hace bastante tiempo que el Análisis Económico del Derecho forma parte de la discusión jurídico-penal<sup>3</sup>, pero, no hace mucho tiempo sucede lo mismo con el Análisis Económico-Conductual del Derecho<sup>4</sup>. Incluso, el empleo y desarrollo de

---

responsabilidad penal. Todas las disciplinas que se ocupan del comportamiento humano precisan operar con baremos, unidades de medición, parámetros o figuras de confrontación, y en este punto el Derecho como ciencia jurídica que tiene como objeto la regulación de las relaciones entre personas no ha de ser la excepción. Sin embargo, como lo pone de manifiesto ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico del Derecho y política criminal", en *RDPC*, 2004, p. 37, gran parte de nuestra tradición dogmática continental se encuentra construida predominantemente desde el análisis formal de las normas.

<sup>2</sup> La racionalidad teórica y práctica pueden ser entendidas ya como facultades psicológicas (como el modelo kantiano), ya como métodos. Para MOSTERÍN, *Racionalidad*, 1987 (2ª ed.), pp. 17, 18 y ss., 27 y ss., la racionalidad no es necesariamente una facultad, sino más bien un método, aunque tal método presupone ciertas facultades. Sobre las diferentes acepciones de la voz *rationality* en las ciencias sociales, véase SIMON, "Rationality", en *Models of bounded rationality*, 1982, pp. 405-407.

<sup>3</sup> El Derecho penal fue una de las primeras ramas a tratar por el AED. Véase, ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico y delito", en *EI*, 2015, p. 55.

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ/VARELA, "Responsabilidades individuales en estructuras de empresa", en *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 265 y ss. Una introducción crítico-valorativa sobre el *BL&E* en Derecho penal

estas teorías se destaca mayormente en la familia jurídica del *common law*, y de un modo muy escaso y excepcional en la familia continental<sup>5</sup>. Tanto uno como otro de estos análisis tienen por objeto el de ofrecer modelos de explicación y predicción del comportamiento en Derecho y en economía. A continuación, expondré sucintamente, en primer lugar, acerca de cada uno de estos análisis para después contemplar, en segundo lugar, en qué medida se han incorporado al debate en el Derecho penal.

Tanto el AED como el AE-CD poseen tres funciones: una positiva, otra prescriptiva y, finalmente, una normativa<sup>6</sup>. La función positiva consiste en averiguar los efectos que producen las normas (sociales o jurídicas) en el comportamiento humano. Para tal función el AED emplea como método de indagación el supuesto económico del *homo economicus* y como criterio de valoración el indicador de la eficiencia (los efectos se valoran según el grado de eficiencia que alcancen)<sup>7</sup>. Por el contrario, el AE-CD emplea como método de averiguación el supuesto psico-social de la *real person*<sup>8</sup>. Por otro lado, la función prescriptiva se ocupa de proponer cómo emplear la norma jurídica para alcanzar fines específicos<sup>9</sup> teniendo en cuenta entre los factores del comportamiento criminal a disuadir, la probabilidad real de detección del delito en el AED y, junto a tal probabilidad, la percepción subjetiva de la probabilidad de detección del delito en el AE-CD<sup>10</sup>. Finalmente, desde la función normativa se valora el sistema normativo, intentando abarcar todos los fines del

---

en GAROUPA, "Behavioral economic analysis of crime", en *EJLE*, 2003, pp. 5 y ss. Recientemente, ZAMIR, "Law and behavioral economics", en *EPLSP (forthcoming)*, 2016, pp. 1 y ss.

<sup>5</sup> Sobre que el AED no es muy empleado en nuestro sistema jurídico, pero sí en el norteamericano, ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico del Derecho y política criminal", en *RDPC*, 2004, pp. 32-33, 34. Las razones del no-empleo del AED se debe, al decir de este autor, más a desconocimiento, que a genuino rechazo con conocimiento de causa. También advierten esta diferencia, GRECHENING/GELTER, "The transatlantic divergences in legal thought", en *HI&CLR*, 2008, pp. 295 y ss., quienes distinguen entre el *american law and economics* y el *german doctrinalism*. Atribuye a otros factores el mayor avance del (B)L&E en Norteamérica que en Europa, ULEN, "European and american perspectives and behavioural law and economics", en *European perspectives on behavioral law and economics*, 2015, pp. 13-14, como a la más elevada competencia académica de innovación que existe en Estados Unidos, y a la mayor formación que los juristas y economistas tienen en estas materias.

<sup>6</sup> Sobre estas tres funciones en el AE-CD, véase JOLLS/SUNSTEIN/THALER, "A behavioral approach to law and economics", en *Coase-Sandor Institute*, 1998, pp. 3-4 y ss. También BELL/RAIFFA/TVERSKY, "Descriptive, normative, and prescriptive interactions", en *Decision making*, 1988, pp. 9 y ss.

<sup>7</sup> Sobre la función positiva en el AED, de modo detallado, ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico del Derecho y política criminal", en *RDPC*, 2004, pp. 37 y ss.

<sup>8</sup> Sobre la función positiva en el AE-CD, JOLLS/SUNSTEIN/THALER, "A behavioral approach to law and economics", en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 3.

<sup>9</sup> Sobre la función prescriptiva en el AE-CD, JOLLS/SUNSTEIN/THALER, "A behavioral approach to law and economics", en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 4. Estos autores se refieren al fin específico de evitar comportamientos socialmente indeseables.

<sup>10</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, "A behavioral approach to law and economics", en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 4.

mismo<sup>11</sup>; pero, en donde el AED opera desde un análisis normativo-técnico<sup>12</sup> y el AE-CD desde un análisis normativo-valorativo (incluso ético).

Simplemente, a modo ilustrativo y sin oportunidad de explayarme en este punto, el sector del Derecho penal en donde el AED más se ha desarrollado es en la política criminal: determinados tipos de delito o de delincuentes (sexuales y económicos), funciones y fines del castigo (desde la norma de sanción o desde las políticas públicas de prevención del delito y de ejecución de la pena) y planteamientos teóricos sobre el porqué las personas delinquen o infringen las normas jurídicas.

De esto último se encarga la teoría de la “decisión de delinquir” (*analysis of choice*), hartamente desarrollada en el AED en contraste con la teoría criminológica. Hace tiempo desde el AED, BECKER definió como razón del delito la utilidad esperada por el delincuente, en ponderación con los costos de su conducta infractora [*“a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become ‘criminals’, therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ”*]<sup>13</sup>. Es decir, mientras que la teoría económica se centra en un sujeto-decisor idealizado que prescinde del contexto en el que actúa y tiene en cuenta sólo los beneficios que espera y lo que le costaría obtenerlos, en sentido opuesto, la teoría criminológica focaliza en un sujeto-decisor personal y socialmente contextualizado. Cada una de estas teorías se enfrenta de modo muy distinto a la finalidad de la disuasión del delito por parte del Derecho penal<sup>14</sup>.

Por el contrario, el aporte que el AE-CD pudo haber realizado hasta entonces al Derecho penal se encuentra de un modo aislado y secundario -y no siempre considerado de modo expreso- en el criterio normativo del riesgo socialmente desvalorado, en las estructuras dogmáticas de la imputación del tipo subjetivo y la del conocimiento de la ilicitud del hecho<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to law and economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 4.

<sup>12</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, pp. 42-43. El sentido normativo (prescriptivo, del deber ser) con el que opera el AED es el normativo-técnico, que se centra en el análisis de medios-fines: se asume que el individuo determina qué es lo que quiere obtener, luego selecciona los medios para su consecución y actúa. El análisis normativo-técnico no opera con valores, sino con conocimientos empíricos; el sujeto actúa desde una racionalidad instrumental, no valorativa (o ética).

<sup>13</sup> Cfr. BECKER, “Crime and punishment”, en *Essays in the economics of crime*, 1974, p. 9.

<sup>14</sup> Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico y delito”, en *EI*, 2015, p. 58.

<sup>15</sup> Sobre el AE-CD en sede de las estructuras subjetivas típicas, véase SILVA SÁNCHEZ/VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa”, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 265 y ss. Un estudio dogmático del conocimiento de la antijuridicidad desde las premisas de la teoría de la racionalidad limitada en CUESTA AGUADO, *Conocimiento de la ilicitud*, 2008, pp. 87 y ss. Una aproximación político-criminal de los sesgos cognitivos en la gestión del riesgo y del miedo social en ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo?”, en *Principio de precaución*, 2014, pp. 145 y ss.

## II. MODELOS DE LA RACIONALIDAD HUMANA EN EL JUICIO DE IMPUTACIÓN DEL TIPO PENAL

Si bien es cierto que toda ciencia social (como lo es el Derecho) ha de operar con modelos o estructuras del comportamiento, más o menos abstractas o hipotéticas, ello no significa que en pro del modelo o de los resultados que se pretenden alcanzar apriorísticamente, el mismo constituya un desiderátum irrealizable. Para “detectar” qué modelo se adapta mejor a cada uno de los niveles objetivo y subjetivo del tipo tendré en cuenta, en primer término, los postulados más relevantes de cada uno de los análisis (el AED y el AE-CD<sup>16</sup>); en segundo lugar, me referiré a los fines de cada uno de los niveles del tipo, para cerrar con una apreciación personal acerca de qué modelo de la racionalidad humana ha de considerarse en cada uno de estos niveles.

Como ha podido apreciarse, el *L&E* opera con un modelo de actor racional, el denominado *homo economicus*, a diferencia del *BL&E* que opera con un modelo de persona real<sup>17</sup>. La principal diferencia que se manifiesta entre el *BL&E* y el *L&E* es que los estándares conductuales del primero reconocen ciertos límites innatos a la naturaleza humana, que no lo hace el segundo. Estos límites son: la racionalidad limitada o imperfecta (*bounded rationality*)<sup>18</sup>, la fuerza de voluntad acotada (*bounded willpower*) y el interés limitado (*bounded self-interest*) de las personas<sup>19</sup>. Aunque tales límites se encuentran ejemplarmente trabajados desde hace mucho tiempo en otras disciplinas, como la filosofía o psicología y la teología, en la economía y el Derecho es de reciente incorporación<sup>20</sup> a través del movimiento del *BL&E*, que se basa en los estudios empíricos de la psicología cognitiva y social<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre la diferencia entre estos planteamientos, recientemente MATHIS/STEFFEN, “From rational choice to behavioural economics”, en *European perspectives on behavioral law and economics*, 2015, pp. 33 y ss., 36 y ss.

<sup>17</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to law and economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 6.

<sup>18</sup> Teoría creada por SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 17 y ss. [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 29 y ss., 31]. Detalladamente sobre la teoría de este autor, véase BONOME, *La racionalidad en la toma de decisiones*, 2009.

<sup>19</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to law and economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 6. Ideas que se contraponen a las ideas centrales del enfoque económico: la maximización de la utilidad, las expectativas racionales y el procesamiento óptimo de información.

<sup>20</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to law and economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 6.

<sup>21</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, “A behavioral approach to law and economics”, en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 2. También ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico y delito”, en *EI*, 2015, p. 63, nota 14 señala que el análisis económico-conductual del delito (*behavioral law and economics*) pretende tanto complementar como corregir el modelo formal de corte beckeriano con información empírica sobre cómo deciden realmente las personas.

La principal crítica al modelo económico puro reside en que éste no contempla las normas jurídicas desde una perspectiva del comportamiento humano real<sup>22</sup>, sino desde una perspectiva cuasi-matemática e ideal del comportamiento<sup>23</sup>. Una vez más: su punto de partida es el ser humano como sujeto racional, que no sólo obra sobre la base de razones sino que las mismas van acompañadas de una causa y objetivo. Por el contrario, una visión más ajustada a la realidad de las personas lo ofrece el Análisis Económico-Conductual, que aunque asume que los sujetos obran sobre la base de razones, no siempre sus objetivos quedan del todo claros y no siempre escoge los mejores medios para alcanzarlos. De hecho, puede decirse que mientras que el sujeto racional piensa en la optimización de los recursos y fines, el sujeto limitadamente racional sólo piensa en satisfacer sus necesidades e intereses (y no siempre de un modo óptimo y rentable). Para comprender un poco más el *modus operandi* de estos análisis, señalaré las estructuras de explicación y predicción que le son propias.

El sistema de explicación del AED se compone, a grandes rasgos, de las siguientes variables:

- (a) agentes asociados a una determinada situación,
- (b) objetivos de esos agentes,
- (c) características del entorno que pueden ayudar -o entorpecer- a los agentes al logro -o no logro- de sus objetivos,
- (d) cursos de actuación más eficaces para el logro de sus objetivos.

En cuanto al sistema de predicción, el AED considera que el agente siempre asumirá el curso de conducta que es más racional a la consecución de sus objetivos<sup>24</sup>.

Por el contrario, el AE-CD no cuenta con un sistema de explicación tan detallado y uniforme<sup>25</sup>, porque justamente su punto de partida es que las personas no

---

<sup>22</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, "A behavioral approach to law and economics", en *Coase-Sandor Institute*, 1998, p. 2.

<sup>23</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico del Derecho y política criminal", en *RDPC*, 2004, p. 39. Señala que algunas de las críticas dirigidas al modelo de la elección racional sostienen que este modelo carece de precisión descriptiva y que los seres humanos no se comportan de un modo absolutamente racional, porque en la vida real no existe el *homo economicus*.

<sup>24</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Análisis económico del Derecho y política criminal", en *RDPC*, 2004, pp. 38-39.

obramos siempre del mismo modo en similares situaciones y que nuestra racionalidad y voluntad se encuentran naturalmente recortadas e influidas por factores endógenos como los llamados “sesgos cognitivos” y exógenos como el contexto en el que nos desempeñamos<sup>26</sup>. De allí que su sistema de predicción también varíe según el comportamiento individual. En conclusión, la única generalidad que es posible pregonar desde este planteamiento es que la racionalidad humana es limitada e imperfecta<sup>27</sup>.

Para saber qué modelo de racionalidad humana resultará más idóneo a los juicios de imputación del tipo penal hay que preguntarse a continuación por las finalidades que cada uno de estos juicios persigue. Sólo así podrá determinarse, luego de una confrontación, qué modelo de racionalidad humana se adapta más plausiblemente a cada uno de estos juicios<sup>28</sup>.

En el juicio de imputación objetiva no tiene relevancia penal lo que ha conocido el autor en el caso concreto, sino, por el contrario, qué es aquello que socialmente se conoce y desvalora en relación con el riesgo que aquél ha asumido con su conducta<sup>29</sup>. En este nivel se atribuye una conducta socialmente desvalorada a un sujeto ideal, el hombre medio, el cual se considera portador de un *conocimiento típico general-objetivo*, esto es, un conocimiento de base normativo-social<sup>30</sup>. Lo relevante es, en consecuencia, la lesividad de la conducta en términos intersubjetivos que está prevista como prohibición en una norma de conducta<sup>31</sup>. La

---

<sup>25</sup> MATHIS/STEFFEN, “From rational choice to behavioural economics”, en *European perspectives on behavioral law and economics*, 2015, p. 45, para quienes los puntos de vista del BL&E no se derivan de una teoría general sino de observaciones empíricas dispares.

<sup>26</sup> SIMON, *Models of bounded rationality*, 1997, pp. 291 y ss. Una aplicación de estas consideraciones en lo atinente a la responsabilidad individual en la empresa lo proponen SILVA SÁNCHEZ/VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa”, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 265 y ss.

<sup>27</sup> En relación con las bondades del BL&E considérese la opinión de KOROBKIN, “What comes after victory for behavioral law and economics?”, en *University of Illinois Law Review*, 2011, pp. 1673-1674. Aunque este autor reconoce el éxito de los aportes del análisis conductual en economía, no obstante, reconoce que dichos aportes aumentarán su eficacia en la medida en que se vayan acomodando a nuevos desafíos: por ejemplo, la necesidad de reconocer la autonomía en sí misma como parte del análisis, y la necesidad de introducir la consideración de las diferencias y preferencias individuales en la racionalidad limitada (desde el uso de la heurística).

<sup>28</sup> De hecho, entienden que estos planteamientos no son incompatibles entre sí, sino complementarios, MATHIS/STEFFEN, “From rational choice to behavioural economics”, en *European perspectives on behavioral law and economics*, 2015, p. 45.

<sup>29</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, pp. 480-481 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>30</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 481 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>31</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 481 (tesis doctoral en proceso de publicación).

razón que reclama una definición de hombre medio en el tipo objetivo<sup>32</sup> es la necesidad de un criterio generalizador que permita establecer los límites de la atribución *intersubjetiva* de conductas. El baremo no deja de ser un recurso heurístico, un punto de vista desde el cual se comienza la distribución social de los riesgos entre los participantes sociales, aplicándolo al autor del delito sólo en primera instancia<sup>33</sup>.

Por el contrario, en el momento de imputar subjetivamente la conducta socialmente desaprobada se ha de valorar la dañosidad social de lo realizado a la luz de los conocimientos individuales del autor. En esta instancia se imputa un *conocimiento típico individual-subjetivo*<sup>34</sup> de base normativo-individual al autor concreto del hecho, al que podríamos denominar, en consecuencia, la persona limitadamente razonable del autor<sup>35</sup>. En todo caso, la única excepción a la subjetividad del autor viene dada por un límite ineludible, que son los conocimientos mínimos del hombre medio atribuidos en el nivel objetivo del tipo<sup>36</sup>.

En otras palabras: en la atribución objetiva la norma de conducta refleja el saldo de la ponderación entre la libertad subjetiva y la libertad de todos, ponderación que se concreta en la imputación subjetiva a través del deber. Lo objetivo examina más de cerca la relación entre el hecho y la norma, mientras que lo subjetivo lo hace entre la persona y el deber. De allí que el desvalor objetivo de la conducta tome como referencia al hombre medio y el desvalor subjetivo a la persona concreta del autor. Con esta necesaria distinción queda a salvo no sólo el “carácter intersubjetivo que debe caracterizar al hecho prohibido”, sino también el carácter subjetivo que debe caracterizar a la infracción de un deber como presupuesto de la imputación<sup>37</sup>. Lo que resulte necesario de intersubjetivizar vendrá dado por lo que resulte compatible con la función de la institución -regulación de los espacios de libertad-, mientras que lo subjetivo se orientará por el grado de participación

---

<sup>32</sup> Sobre el concepto de hombre medio como baremo objetivo, VARELA, *Norma e imputación*, 2015, pp. 483 y ss. (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>33</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 479 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>34</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 481 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>35</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 482 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>36</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 480 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>37</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 504 (tesis doctoral en proceso de publicación).



autorresponsable en el hecho desvalorado<sup>38</sup>. Es decir, ha de distinguirse el momento de la norma como pauta general de conducta, que encierra un juicio de valoración intersubjetiva, del momento de la norma como directivo de conducta en el caso concreto<sup>39</sup>.

### *II.a. Modelo clásico de la racionalidad humana en el juicio de imputación objetiva*

La teoría clásica de la racionalidad “supone que quien toma decisiones observa, en una visión comprensiva, todo lo que yace ante él. Comprende la gama de elecciones alternativas a su disposición, no sólo en el presente sino también en el panorama total del futuro. Conoce las consecuencias de cada una de las estrategias de elección disponibles, por lo menos hasta el punto de ser capaz de asignar una distribución de probabilidad conjunta a futuros estados del mundo. Ha reconciliado o equilibrado todos sus antagónicos valores parciales y los ha sintetizado en una sola función de utilidad que dispone, por su preferencia a ellos, todos estos estados futuros del mundo”<sup>40</sup>. A simple vista se advierte que el *defecto* de este modelo reside en la cuestión de la práctica imposibilidad de aplicarlo a un sujeto en particular, porque, en verdad, el mismo no refleja en absoluto el modo en cómo las personas proceden normalmente al momento de decidir, escoger y obrar. Ya con sostener que el sujeto decidor observa todas las posibilidades que yacen ante él, esta teoría asume premisas alejadas de la realidad, porque por regla general, el sujeto decidor no siempre cuenta con todas las posibilidades que se le presentan en el momento de la decisión. Del mismo modo, tampoco es del todo real que quien toma decisiones pondera de forma calculada y detallada las consecuencias de cada una de las elecciones posibles.

Los defensores de los postulados del AED cuestionan las críticas contra ellos dirigidas. Así, por ejemplo, refutan desde la siguiente pregunta: “¿De verdad se

---

<sup>38</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 505 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>39</sup> VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 505 (tesis doctoral en proceso de publicación).

<sup>40</sup> Véase SIMON, *Reason in human affairs*, 1983, pp. 12 y ss., 13 [= *Naturaleza y límites de la razón humana*, 1989, pp. 22 y ss., 24].

piensa que quienes utilizan modelos que presuponen una conducta plenamente racional no se habían dado cuenta de que las personas no siempre se comportan de ese modo?”<sup>41</sup>. Evidentemente, a esta pregunta hay que responder que los críticos no piensan [no pensamos] de que los teóricos que defienden el modelo del agente racional creen a rajatabla de que las personas son estrictamente sujetos racionales en todo momento; pero, lo que sí piensan [pensamos] es que el modelo que aquellos defienden carece –aún reconociendo la naturaleza imperfecta del ser humano- de la dosis de realidad suficiente para operar como baremo de medición de conductas en según que ámbitos.

De hecho, los mismos defensores del modelo del agente racional especifican que el supuesto del *homo economicus* no tiene como función describir “cómo operan los seres humanos” individualmente, sino socialmente, como fenómeno social<sup>42</sup>. Y en este punto el AED puede realizar un aporte esencial a nivel del tipo objetivo<sup>43</sup>. Si, como se ha visto, la finalidad del juicio de imputación objetiva es la de atribuir un comportamiento (y/o un resultado) típico a un sujeto actuante comprendido como un agente social prototípico, a través de la figura del hombre medio o persona razonable, entonces, el modelo clásico de la racionalidad cumple con los requisitos de procedibilidad en este nivel. Evidentemente, la aplicación del baremo del agente racional a nivel del tipo objetivo es posible en virtud de la función estandarizadora e intersubjetiva que presenta el juicio de imputación objetiva de la conducta (y/o resultado) típica<sup>44</sup>.

A mayor abundamiento, tómese nota cómo el modelo racional se ajusta metodológicamente a la función del tipo objetivo. Uno de los más reconocidos defensores del AED en la literatura española

---

<sup>41</sup> De estas palabras ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 40.

<sup>42</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 40.

<sup>43</sup> Hace algunos años una cierta similitud entre el hombre medio y el *homo economicus* fue advertido por ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 39, lo que permite considerar que la propuesta de este trabajo no se encuentra tan alejada del pensamiento de los defensores del AED. Este autor señaló, que el hombre medio cumple una función para el jurista como baremo normativo, en el ámbito del deber ser, y por eso mismo dicho baremo no tiene por qué ser real (pero sí consecuente con la máxima “deber implica poder”). Del mismo modo el *homo economicus* opera como una herramienta normativa de análisis (de explicación-predicción) desde un supuesto hipotético.

<sup>44</sup> He de advertir que en mi trabajo de tesis doctoral (“Norma e imputación en el conocimiento del tipo”) defendido el 26 de enero de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, sostuve que el modelo de la racionalidad humana limitada habría de aplicarse tanto al nivel del tipo objetivo como del subjetivo; conclusión que ahora matizo, considerando que el nivel del tipo objetivo (por sus finalidades) encaja más idóneamente con el modelo clásico de la racionalidad; VARELA, *Norma e imputación*, 2015, pp. 479 y ss. (tesis doctoral en proceso de publicación).

señala que “en la construcción de todo modelo, el objetivo es abstraer tantas características como sea posible del fenómeno a estudiar, manteniendo sin embargo la capacidad de proporcionar un acceso suficientemente aproximado a la realidad, sea con fines explicativos o predictivos (...). Es por esto que a la hora de proponer modelos para el análisis positivo existe una tensión entre sencillez y complejidad, debida al hecho de que el modelo al mismo tiempo pretende ser una simplificación de y una aproximación al mundo real (...). El énfasis en la sencillez se corresponde con el interés en disponer de un modelo susceptible de ser usado con soltura en distintas situaciones; el otorgado a la complejidad tiene que ver con la adecuación empírica del modelo, que es de esperar que guarde algún tipo de relación con la realidad, algo para lo que puede ser necesario hacer lo más complejo, introducir supuestos menos idealizados. La adecuación de un modelo sólo se puede evaluar de acuerdo con las características concretas del fenómeno que se quiere explicar/predecir (...). En resumen: no hay *homines oeconomici*, por supuesto que no, pero en numerosas ocasiones es útil hacer como si los hubiera”<sup>45</sup>. Es decir, lo que este autor señala –o podría estar señalando– es que el modelo (racional) persigue una función de evaluar las características concretas de un fenómeno determinado [que en el tipo objetivo sería la infracción a una norma de conducta de valor intersubjetivo], para lo cual emplea un baremo simplificado de individuo [que en el tipo objetivo sería el hombre medio].

## *II.b. Modelo de la racionalidad humana limitada en el juicio de imputación subjetiva*

Como respuesta al modelo clásico de la racionalidad hemos visto que se presenta la “alternativa conductual” (*behavioral alternative*), que propone partir de premisas más reales, como un sistema humano de procesamiento de la información y toma de decisiones de naturaleza imperfecta. La propuesta de este trabajo es que el baremo normativo de medición *ex post facto* en el nivel de la imputación subjetiva sea lo más aproximado posible a la realidad subjetiva del autor<sup>46</sup>.

Pero así como a nivel del tipo objetivo es posible prescindir de premisas individuales, a nivel del tipo subjetivo dicho modo de obrar puede conllevar a juicios de imputación desviados de las finalidades del mismo: desvalorar la participación individual del autor concreto en el hecho desvalorado. Para sortear la visión reduccionista del AED a nivel del tipo subjetivo es necesario recurrir a los

---

<sup>45</sup> ORTIZ DE ÚRBINA GIMENO, “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *RDPC*, 2004, p. 41.

<sup>46</sup> De hecho, entre los especialistas del *(B)L&E* se sostiene que uno de los desafíos para los futuros estudiosos del fenómeno es incorporar las diferencias individuales en el análisis de la racionalidad limitada, esto es, propender a considerar en los baremos las particularidades del individuo (conocimientos técnicos, predisposición al riesgo, habilidades, etc.). Así, TOR, “The next generation of behavioural law and economics”, en *European perspectives on behavioral law and economics*, 2015, pp. 23-24 y ss.

postulados del AE-CD, porque desde este enfoque será posible cumplir más o menos satisfactoriamente con las finalidades de este nivel. Como el *BL&E* parte de la constatación de que todas las personas somos naturalmente limitadas en nuestras capacidades cognitivas y volitivas, a la vez que incapaces de procesar racionalmente cantidades ingentes de datos e información y que nuestras decisiones se encuentran sometidas a la influencia constante de sesgos, entonces, el modelo normativo (de deber ser) que propone se ajusta a dichas limitaciones y sesgos.

Y será este modelo, de la persona limitadamente razonable, el que resultará más adecuado como criterio de imputación subjetiva al respetar la individualidad del autor concreto y con ello la dignidad de la persona. Al momento de imputar el juicio de atribución del conocimiento (o error) se realizará sobre la base de la verdadera subjetividad del sujeto actuante y no a partir de la figura de una persona hipotética.

### **III. CONCLUSIONES**

a. Mientras que el método del AED tiene en cuenta el comportamiento de un agente racional, el AE-CD opera desde la premisa de un comportamiento real.

b. El AED emplea estructuras de explicación-predicción del comportamiento humano basadas en las mismas variables (racionalidad, eficiencia, medios-fines). Como cada una de sus variables se construye desde la promedización de un fenómeno (sacrificando todo tipo de individualidad), el resultado que se extrae siempre es genérico y estándar. Este modo de operar encaja con las funciones y fines que se persiguen en la categoría del tipo objetivo.

c. Por el contrario, el AE-CD no emplea una estructura normativa-general, sino particular, teniendo en cuenta los connaturales límites de la naturaleza humana, que varían de sujeto en sujeto (racionalidad limitada y volición acotada). Este

modo de operar encaja con las funciones y fines que se persiguen en la categoría del tipo subjetivo.

d. De modo resumido: mientras que el AED intenta simplificar la complejidad del comportamiento humano desde supuestos conductuales racionales, el AE-CD intenta resaltarla y considerarla en sus baremos y criterios normativos del comportamiento.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2014) “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal”, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*, pp. 123-148, Valencia.

BECKER, Gary S. (1974), “Crime and punishment: an economic approach”, en BECKER/LANDES (eds.), *Essays in the economics of crime and punishment*, pp. 1-54, New York.

BELL, David E./RAIFFA, Howard/TVERSKY, Amos (1988), “Descriptive, normative, and prescriptive interactions in decision making”, en BELL/RAIFFA/TVERSKY (eds.), *Decision making. Descriptive, normative, and prescriptive interactions*, pp. 9-30, Cambridge.

CUESTA AGUADO, María de la Paz (2008), *Conocimiento de la ilicitud: aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo* (recurso electrónico), Madrid.

GAROUPA, Nuno (2003), “Behavioral economic analysis of crime: a critical review”, en *European Journal of Law and Economics*, v. 15, nº 1, pp. 5-15.

GRECHENING, Kristoffel/GELTER, Martin (2008), “The transatlantic divergences in legal thought: american law and economics vs. german doctrinalism”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, nº 31, pp. 295-360.

JOLLS, Christine/SUNSTEIN, Cass R./THALER, Richard (1998), “A behavioral approach to law and economics”, en *Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper* nº 55, pp. 1-100.

KOROBKIN, Russell (2011), “What comes after victory for behavioral law and economics?”, en *University of Illinois Law Review*, nº 5, pp. 1653-1674.

MATHIS, Klaus/STEFFEN, Ariel David (2015), “From rational choice to behavioural economics”, en MATHIS (ed.), *European perspectives on behavioral law and economics*, pp. 30-48, Switzerland.

MOSTERÍN, Jesús (1987), *Racionalidad y acción humana*, 2ª ed., Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2004), “Análisis económico del Derecho y política criminal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2 (extra), pp. 31-74.

(2015), “Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber”, en *Economía Industrial*, ejemplar dedicado a *Análisis económico del delito*, nº 398, pp. 55-64.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/VARELA, Lorena (2013), “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, pp. 265-286, Barcelona.

SIMON, Herbert (1997), *Models of bounded rationality*, v. 3, *Empirically grounded economic reason*, Massachusetts.

(1982), "Rationality", en *Models of bounded rationality*, v. 2: *Behavioral economics and business organization*, pp. 405-407, London.

TOR, Avishalom (2015), "The next generation of behavioural law and economics", en MATHIS (ed.), *European perspectives on behavioral law and economics*, pp. 17-29, Switzerland.

ULEN, Thomas S. (2015), "European and american perspectives and behavioural law and economics", en MATHIS (ed.), *European perspectives on behavioral law and economics*, pp. 3-16, Switzerland.

VARELA, Lorena (2015), *Norma e imputación en el conocimiento del tipo*, 803 páginas. Tesis doctoral defendida el 26 de enero de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). En proceso de publicación.

ZAMIR, Eyal (2016), "Law and behavioral economics", en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (forthcoming). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2777091>, pp. 1-10.

---

Agradecimiento: la participación y presentación de la presente comunicación en el XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho penal. Análisis Económico del Derecho y Derecho penal, (Universidad de León, 7/8 de julio de 2016), fue económicamente posible gracias a las ayudas a la investigación del Programa EBES del Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).