

¿EFICACIA PREVENTIVA GENERAL INTIMIDATORIA DE LA PENA?

Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución ¹

Sergi Cardenal Montraveta

Profesor titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. ¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-18, pp. 1-44. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-18.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 17-18 (2015), 4 dic]

RESUMEN: La nueva redacción del art. 80.1 CP permite ejecutar una pena de prisión aunque concurren los requisitos previstos en el art. 80.2 CP y sea razonable esperar que aquella no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. En este trabajo se analiza la justificación que la prevención general intimidatoria pueda ofrecer para acordar la ejecución de la pena. Con esta finalidad, se examina el discurso teórico sobre el efecto disuasorio de la pena y los estudios empíricos sobre su comprobación. Atendiendo a sus conclusiones, al hecho de que la suspensión de la ejecución de la pena comporta una disminución de su severidad, a sus características, y a las circunstancias en las que se plantea esta posibilidad, concluimos que la suspensión de la ejecución de la pena comporta una disminución de su eficacia preventiva general intimidatoria.

PALABRAS CLAVE: Prevención general; suspensión de la ejecución de las penas; alternativas a la prisión; prisión; función de la pena.

ABSTRACT: The new article 80.1 of the Spanish Criminal Code allows to carry out a prison sentence, even if the requirements foreseen in article 80.2 are fulfilled and even if it seems reasonable to expect that the enforcement of the sentence is not necessary to avoid further criminal acts by the offender. In this paper it will be analyzed which justification general deterrence may offer to sustain the enforcement of a sentence. For this the discourse about the deterrent effect of punishment and the empirical studies for its verification will be examined. Having in mind their conclusions, that the suspension of the enforcement of a sentence brings with it a lessening of its severity. their characteristics and the circumstances in which this possibility may be considered, we will conclude that the suspension of the enforcement of a sentence leads to a lessening in the general deterrent effect of punishment.

KEYWORDS: General deterrence; suspension of the enforcement of sentences; probation; prison; function of punishment.

Fecha de publicación: 4 diciembre 2015

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DISCURSO TEÓRICO SOBRE LA EFICACIA PREVENTIVA GENERAL INTIMIDATORIA DE LA PENA. A) La prevención intimidato-

ria como manifestación de la racionalidad asociada a los costes y beneficios. B) La pena como coste asociado a la comisión del delito; la relevancia de su certeza, severidad y celeridad. C) Requisitos de la eficacia preventiva general intimidatoria de la pena, y de la posibilidad de aumentarla modificando su certeza, severidad y celeridad. III. COMPROBACIÓN DE LA EFICACIA PREVENTIVA INTIMIDATORIA DE LA PENA, Y DE LAS CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN DE SU CERTEZA, SEVERIDAD Y CELERIDAD. IV. CONSECUENCIAS PARA LA DECISIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Sin perjuicio de importantes distinciones y matices, de forma ampliamente mayoritaria se atribuye al Derecho penal una función preventiva. Simplificando, podríamos decir que la discusión se centra en la relación entre las distintas formas o cauces a través de los cuales el Derecho Penal puede y debe satisfacer su función preventiva, y los límites empíricos y axiológicos de tal función. En este sentido, y centrándonos ya en la cuestión relativa a la función de la pena, las teorías que consideran que ésta es la prevención de delitos plantean dos cuestiones esenciales: la relativa a su legitimidad y la relativa a su comprobación. Ambas cuestiones están relacionadas, porque la legitimidad del recurso a la pena dependerá, por lo menos en parte, de que pueda producir un efecto preventivo y de su intensidad. Como se acaba de indicar, ello plantea, entre otras, la cuestión de la comprobación empírica de la eficacia preventiva de la pena en general, y de las consecuencias que, desde el punto de vista de su eficacia preventiva, cabe esperar de una modificación de la regulación legal —o de una modificación en la forma de interpretarla, o de los medios para su aplicación y la forma de utilizarlos— que aumente (o disminuya) la probabilidad de imponer una determinada pena, su gravedad, o la celeridad con la que se impone. Es posible admitir la eficacia preventiva de la pena y negarle legitimidad. Pero es absurdo considerar que la legitimidad del recurso a la pena se basa en su eficacia preventiva si se demostrara que éste —en general, o el recurso a una determinada pena— carece de eficacia preventiva o, incluso, tiene efectos criminógenos, que favorecen la comisión de delitos². La cuestión sería más problemática en el caso de que el resultado de los intentos de demostrar la eficacia preventiva de la pena —o los intentos de demostrar que una determinada regulación de la pena es más eficaz que otra— llegaran a la conclusión de que ello no puede descartarse, pero tampoco existen evidencias empíricas sólidas que lo confirmen.

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación DER 2011-28122, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² Ver, p. ej., S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 9. ed. (a cargo de Víctor Gómez Martín), 2011, p. 117; José Luis DIEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 06-03, 2004, p. 03:32; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 39.

2. Partiendo de que la eficacia preventiva de la pena puede ir referida a los potenciales delincuentes (prevención general) o a quienes ya han delinquido (prevención especial), y de que la pena puede producir un efecto preventivo de formas diversas, consideramos que la legitimidad del recurso a la misma ha de vincularse a su eficacia preventiva y al respeto del principio de proporcionalidad, que (sin perjuicio de la eficacia preventiva derivada de su vigencia y de su importancia para establecer las penas de los distintos delitos) tendría una función de límite garantístico: la pena es legítima cuando, sin rebasar el límites que derivan del principio de proporcionalidad, resulta eficaz desde el punto de vista preventivo; más concretamente, cuando proporciona la máxima eficacia preventiva, atendiendo tanto a su eficacia preventiva general, como a su eficacia preventiva especial, y a los distintos cauces a través de los cuales el recurso a la pena puede producir un efecto preventivo (función preventiva limitada por el principio de proporcionalidad).³

Como el resto de las teorías preventivas, aquella propuesta presupone la eficacia preventiva de la pena. Su singularidad radica en que hace depender todas las decisiones relacionadas con ella (clase y duración de la pena que se amenaza con imponer, clase y duración de la pena impuesta y, en su caso, forma de ejecución de la pena) del saldo preventivo global de las distintas alternativas y del respeto al principio de proporcionalidad. Para que primero el legislador, y luego el Juez (y, en su caso, la administración penitenciaria), adopten aquellas decisiones teniendo en cuenta su eficacia preventiva, deberán conocer la eficacia preventiva de las distintas alternativas. La complejidad de la conducta humana, y las limitaciones del propio ser humano para conocer los elementos que influyen en ella, dificultan la aplicación práctica de aquella propuesta, como también dificultan la de cualquier teoría preventiva. Pero tales dificultades no obligan a abandonarlas. Obligan a ser prudentes, intentar obtener el máximo conocimiento posible sobre la eficacia preventiva de la pena, reconocer los límites del conocimiento disponible y promover la mejora del mismo. Y, en su caso, también obligan a reconocer los límites de la capacidad de la pena para producir un efecto preventivo, y a valorar las consecuencias de intentar incrementarlo.

3. En los últimos tiempos, se habla a menudo de las crisis de la resocialización, de su justificación, de su intensidad, de sus consecuencias y de sus causas. Diversos

³ En un sentido muy similar, ver S. MIR PUIG (n. 2), pp. 73 a 129, especialmente pp. 93-95; el mismo autor, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, pp. 33 y ss; el mismo autor, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU y otros (dirs.), *Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, pp. 1357-1382.

autores han destacado que una de las consecuencias de tal crisis es el auge de la prevención general⁴. Ésta puede ir asociada a una concepción de la persona como ser racional que, por lo menos en algunas ocasiones, actúa sobre la base de una ponderación de los costes y beneficios de su comportamiento. Ello es compatible con considerar que la prevención especial resocializadora es una de las funciones de la pena⁵, y tiene diversas consecuencias en relación con el diseño de la política criminal, entre otras, el reconocimiento de que la pena cumple (también) una función de prevención general intimidatoria.

La intimidación es uno de los cauces a través de los cuales la pena puede intentar satisfacer su función preventiva.⁶ Frente a la amenaza de la imposición y ejecución de la pena, la suspensión de su ejecución supone disminuir la severidad de las consecuencias con las que se amenaza para intentar prevenir la comisión del

⁴ Ver, p. ej. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 201), “en la actualidad, y superada la época de predominio de las consideraciones preventivo-especiales, que cabe centrar en torno al *Alternativ Entwurf* alemán de 1966, puede apreciarse un retorno a construcciones en las que el criterio básico es el preventivo-general”. El desencanto frente a la resocialización ha supuesto, también, un auge de las medidas inocuizadoras o asegurativas; al respecto, v., p. ej., del mismo autor, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Luis ARROYO / Ignacio BERDUGO (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. I, 2001, pp. 699 y ss. Ver también José Luis DIEZ RIPOLLÉS (n. 2), pp. 03:3-6 y 03:12-16, especialmente pp. 03:05 y 03:15; David GARLAND, *La cultura del control* (trad. de Máximo Sozzo), 2005 (el original es de 2001), *passim*; Diego ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, 2013, pp. 25 y ss.

⁵ Sobre las posibilidades de intentar asegurar que el auditorio es capaz y está dispuesto a que la amenaza percibida de ser sancionado influya en sus decisiones, ver Paul H. ROBINSON *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. de Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina), 2012 (el original es de 2008), pp. 97-99.

⁶ En el texto utilizamos indistintamente las expresiones “prevención (general) intimidatoria” y “disuasión (general)”. Como es sabido, para referirse al efecto preventivo derivado de la intimidación que produce la pena, la doctrina anglosajona utiliza la expresión disuasión (*deterrence*), que no es sinónimo de prevención, porque alude sólo a uno de los cauces por los que puede producirse el efecto preventivo. En función de sus destinatarios y objetivo, se distingue entre disuasión general (referida a la comisión de delitos por parte de generalidad) y específica (disuasión referida a quienes ya han delinquido para que no vuelvan a hacerlo). Pero, al analizar la eficacia disuasoria de la pena no siempre se distingue suficientemente entre la referida a la colectividad de potenciales delincuentes (prevención general) y la referida a quienes ya han delinquido (prevención especial). Ambas presentan muchos aspectos comunes, y los efectos preventivos de la ejecución de la pena van más allá de los que pueda producir en el penado que la sufre. Por ello, parece razonable establecer alguna relación entre el efecto preventivo especial del cumplimiento de distintas penas, vinculado a las tasas de reincidencia, y el efecto preventivo general de la amenaza de su imposición. Pero aquella distinción es importante, porque los colectivos a los que se refieren la prevención general y especial pueden presentar diferencias, y también son distintos los aspectos de la pena a los que se refiere el efecto intimidatorio: a la amenaza de su imposición y ejecución, en el caso de la prevención especial se añade la ejecución efectiva de aquélla o las consecuencias asociadas a la suspensión de su ejecución. Al conjunto de potenciales delincuentes se les intimida con la amenaza de la imposición y ejecución de una pena que no llegan a experimentar de forma directa e inmediata, mientras que la intimidación de los delincuentes tendría lugar *también* a través de la imposición y ejecución efectivas de la pena. Ver, p. ej., Daniel S. NAGIN, “Deterrence in the Twenty-first Century: A Review of the Evidence”, en *Crime and Justice*, Vol. 42, No. 1, *Crime and Justice in America 1975–2025*, 2013, p. 2 (las citas que realizamos se corresponden con la versión digital de este trabajo, que puede consultarse en la siguiente dirección: <http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1403&context=heinworks>); Andrew von HIRSCH, Anthony E. BOTTONS, Elisabeth BURNEY y Per-Olof WIKSTRÖM, *Criminal deterrence and sentence severity*, 1999, p. 5.

delito⁷. Y, al respecto, es razonable plantearse si aquella, o cualquier otra forma de disminuir (o incrementar) la severidad de la pena (v. gr. disminuyendo su duración), disminuye (o incrementa) también su eficacia intimidatoria y, de este modo, disminuye (o incrementa) su eficacia preventiva (disuasión marginal). Esta es la cuestión que queremos analizar aquí, aunque no pretendemos examinarla en toda su complejidad y consecuencias. Centraremos nuestra atención en analizar las consecuencias de la alternativa entre la suspensión y la ejecución de la pena cuando concurren los requisitos previstos en el art. 80.2. Partiendo de que ello es compatible con lo dispuesto en el art. 80.1 CP, en este trabajo pretendemos analizar la justificación que la prevención general intimidatoria —más concretamente, su discurso teórico y los estudios que pretenden comprobar su existencia— pueda ofrecer para ejecutar la pena, aunque concurren los requisitos previstos en el art. 80.2 CP y sea razonable esperar que aquella no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. La misma idea puede expresarse diciendo que pretendemos analizar la justificación que la prevención general intimidatoria pueda ofrecer para *cuestionar* que, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 80.2 CP, la decisión sobre la ejecución de la pena deba basarse siempre y exclusiva o esencialmente en su utilidad preventiva especial.

4. No siempre es posible separar ambas perspectivas, pero nuestra intención es exponer y analizar primero el discurso teórico de la prevención general intimidatoria (*general deterrence*) y examinar después su soporte empírico en los estudios que (con métodos diversos) intentan comprobar si la pena produce efectivamente un efecto intimidatorio, examinando la decisión de delinquir, y si ésta y las tasas de delincuencia se ven afectadas por modificaciones o diferencias en la regulación de las penas, en su aplicación, o en la percepción del riesgo de ser sancionado.

II. EL DISCURSO TEÓRICO SOBRE LA EFICACIA PREVENTIVA GENERAL INTIMIDATORIA DE LA PENA

A) La prevención intimidatoria como manifestación de la racionalidad asociada a los costes y beneficios

1. La teoría de la disuasión (prevención intimidatoria) parte de que la amenaza de un mal produce un efecto intimidatorio, que influye en la decisión de cometer o no el comportamiento al que se vincula la producción de ese mal.⁸ La influencia de

⁷ También puede amenazarse con la imposición y la posibilidad de ejecutar la pena, sin asegurar tal extremo, lo cual afectaría a la certeza del incremento de la severidad del castigo.

⁸ Ver, p. ej., Raymond PATERNOSTER, “How much do we really know about criminal deterrence”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, núm. 3, 2010, pp. 766: “El concepto de disuasión es muy simple: es la omisión de un acto criminal debido al miedo a la sanción o al castigo” y 782: “La teoría de la disuasión es una teoría del delito que presupone que los seres humanos son

la intimidación en la decisión de actuar de una u otra manera se vinculan a una concepción del comportamiento humano como una *decisión racional*, basada en la consideración de la utilidad de sus consecuencias: pros y contras, coste y beneficio y, más concretamente, en el hecho de que *los beneficios vinculados a la realización de la conducta son superiores a los costes que amenazan con producirse*.⁹ También la decisión de cometer un *delito* puede ser una decisión racional, en el sentido indicado de una decisión basada en la consideración de la utilidad de sus consecuencias: en los costes y beneficios de la comisión del delito y, más concretamente, en si los beneficios son mayores que los costes.¹⁰ Es importante destacar el contraste entre esta concepción del delincuente y la de, por ejemplo, la criminología positivista de corte biológico, que lo identifica con una minoría de sujetos con alguna patología mental.¹¹ La teoría de la prevención intimidatoria no pretende modificar unos criterios de decisión del comportamiento que se consideran

suficientemente racionales como para tomar en consideración las consecuencias de sus acciones y ser influidos por ellas”.

⁹ Ver., p. ej., Daniel S. NAGIN (n. 6), p. 9: “La disuasión es una teoría de la elección, en la que los posibles delincuentes ponderan los beneficios y costes del delito”.

¹⁰ Ver, p. ej., Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON, *Correctional theory. Context and consequences*, 2012, pp. 67-74. Nótese que la racionalidad del comportamiento no se vincula al valor que se otorgue a los costes y beneficios, sino al hecho de que la decisión de actuar se determine en función de que los beneficios sean mayores que los costes. Más discutible parece la posibilidad de considerar racional un comportamiento que prescinde de tomar en consideración algunos de los costes que el autor conoce y asocia al comportamiento. Según A. von HIRSCH *et alter* (n. 6, p. 6), aunque es un mecanismo instrumental para intentar el cumplimiento de la ley, la disuasión no requiere que los delincuentes sean totalmente “racionales” en el sentido de estar calculando lo que van a ganar o perder. Es suficiente con que tengan lo que la literatura de la elección racional describe como una “racionalidad limitada” (*bounded rationality*), o sea, que, en alguna medida, tomen en consideración el beneficio y el coste dentro de parámetros determinados por sus actitudes, creencias y preferencias, y que estén influidos por la información (aunque sea incompleta o imprecisa) que tienen disponible. Las características de estos parámetros pueden determinar diferencias y variar según los delincuentes potenciales. La “racionalidad limitada” no presupone que todo el mundo muestra el mismo grado y tipo de racionalidad, sino que parte de que puede haber una diferencia importante en relación con el grado con el que, al actuar, las personas toman en consideración las consecuencias adversas. Al respecto, A. von HIRSCH *et alter* destacan que, como objetivo político, la disuasión general se diseña para producir un efecto preventivo agregado, que puede derivar de que una parte de la audiencia modifique su comportamiento como consecuencia del temor a sus consecuencias si ello reduce la tasa de delitos y no produce un efecto contraproducente significativo. Ver también Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Introducción a la criminología*, 6. ed., 2009, pp. 301-304.

¹¹ Ver Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 772-773, 778, 782, destacando que, según los presupuestos de la teoría de la disuasión, el delito no es distinto de otros comportamientos, y los criminales no son distintos de quienes no delinquen; lo que les distingue son sus valoraciones de los costes y beneficios de distintas líneas de acción. Por lo tanto, el delito no ha de explicarse en base a una motivación extraordinaria, distinta del propio interés, de la utilidad. Ver también José Luis DIEZ RIPOLLÉS (n. 2), pp. 03:19-21; Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON (n. 10), pp. 73-74, 89-90 y 98; según estos autores, la teoría de la elección racional sólo es parcialmente correcta: la percepción de la probable certeza y severidad del castigo es uno de los factores que determinan si se comete el delito y, por lo tanto, el incremento de la certeza y la severidad tendrá algún efecto disuasorio, pero tal efecto será modesto porque la intervención punitiva no modifica los otros factores implicados en la comisión del delito; el problema de la teoría de la disuasión sería que ignora estos otros factores y proporciona una comprensión incompleta. Ver así mismo, José Ángel BRANDARIZ GARCÍA, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, pp. 177-183, aludiendo también a las que considera que son las consecuencias de la política criminal del análisis económico del derecho.

patológicos y específicos de los delincuentes, sino influir en el comportamiento alterando las variables que influyen en el que se considera que es el criterio común y racional de actuar (o uno de los criterios comunes y racionales de actuar): el cálculo de los costes y beneficios. Al respecto, prescindiendo ahora de la cuestión normativa sobre el protagonismo que deba tener desde un punto de vista político criminal, debe indicarse también que aquella concepción del comportamiento humano no es la única posible¹². Los propios defensores de otorgar algún protagonismo a una concepción de la racionalidad del comportamiento humano basada en el cálculo de sus costes y beneficios reconocen a menudo que éste no es el único factor que influye racionalmente sobre aquél y las decisiones racionales del ser humano pueden responder, también, a valoraciones morales, sobre la legitimidad del sistema jurídico, o sobre la forma en que debe organizarse la vida social¹³. Finalmente, parece oportuno indicar que una teoría de la disuasión basada en la racionalidad de la ponderación de costes y beneficios que pretenda tener alguna utilidad práctica no debe dejar de considerar la forma en que las personas suelen calcularlos, ni otros factores relacionados con ellos que también influyen en sus decisiones. Como, p. ej. señala Daniel KAHNEMAN, “los individuos confían en un número limitado de principios heurísticos que reducen las reglas complejas de estimación de probabilidades y valores predictivos a operaciones judicativas más simples. Estas heurísticas son, en general, bastante útiles, pero a veces conducen a errores serios y sistemáticos”¹⁴. En este sentido, “los humanos no están bien descritos en el modelo del agente racional”¹⁵.

B) La pena como coste asociado a la comisión del delito; la relevancia de su certeza, severidad y celeridad

2. La pena prevista por el Ordenamiento jurídico es uno de los costes asociados a la comisión del delito. La amenaza de su imposición (y, en su caso, ejecución) despliega un efecto intimidatorio que influye en la decisión de cometerlo o no.¹⁶ La pena representa una amenaza y evitarla, omitiendo la conducta delictiva, representa

¹² Al respecto, ver, p. ej., A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 3-4; Paul H. ROBINSON (n.5), pp. 160 y ss.

¹³ Ver Iñigo ORTIZ DE URBINA, “Análisis económico del derecho y política criminal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. extraordinario 2, 2004, pp. 34-41; este autor destaca que el enfoque de la elección racional no sostiene que todas las personas sean racionales. Los partidarios de este tipo de modelos son plenamente conscientes de que su modelo, si se entiende como una descripción del comportamiento individual, es falso. Al tiempo, sin embargo, piensan que tal modelo es útil en el análisis del comportamiento humano.

¹⁴ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio* (trad. de Joaquín Chamorro Mielke), 2014 (el original es de 2011), p. 345

¹⁵ Daniel KAHNEMAN (n. 14), p. 535. Como me ha hecho notar Iñigo Ortiz de Urbina (a quien agradezco la revisión de este artículo), cualquier partidario de la teoría de la elección racional le replicaría de inmediato que no se pretende describir la realidad, sino acercarse a ella de un modo suficientemente aproximado o, por decirlo de otro modo, no es un retrato, sino un boceto.

¹⁶ Ver, p. ej., A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), p. 5

un incentivo psicológico que apela a la racionalidad del sujeto.¹⁷ En cualquier caso, la pena no es el único coste asociado a la comisión del delito. A ella se asocian también otros costes, de carácter formal (p. ej. la detención del sujeto) o informal.¹⁸

3. Históricamente, el auge de las teorías basadas en la rehabilitación del delincuente dejó en un segundo plano a la teoría de la disuasión, que ha experimentado un cierto renacimiento con el declive de aquéllas.¹⁹ Al respecto, se considera que también ha tenido una gran influencia la defensa de la teoría de la disuasión y su análisis matemático que, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, realizó Gary S. BECKER en su trabajo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”, publicado en 1968 en *The Journal of Political Economy*.²⁰ Desde entonces se han realizado otras propuestas de formulación de la teoría de la disuasión, algunas en forma de modelos matemáticos y otras en forma de teorías conceptuales no matemáticas.²¹ En todas ellas se parte de que también el delito es una decisión racional motivada por consideraciones sobre su utilidad, y aquél se cometerá cuando los beneficios que el sujeto espera obtener superan los costes.

Partiendo de aquellas premisas, se plantea la hipótesis de que incrementando el coste (o disminuyendo el beneficio) asociado a la comisión de un delito se incrementa su prevención (disuasión marginal).²² Ello es posible pero, como la propia posibilidad de que la pena produzca un efecto intimidatorio que, a su vez,

¹⁷ Ver la nota de Manuel Cancio Meliá e Iñigo Ortiz de Urbina en la p. 38 de su traducción de Paul H. ROBINSON (n. 5). A diferencia de la teoría de la disuasión, la incapacitación intenta prevenir delitos dificultando físicamente su realización, y la rehabilitación lo intenta modificando las preferencias, la capacidad de control de la conducta u otras capacidades del sujeto. Cfr. Daniel S. NAGIN (n. 6), p. 2.

¹⁸ Ver, p. ej. Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 9 y ss. Ver también; Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 780-781, indicando que a mediados de los años 80 del siglo XX se produjeron dos fenómenos importantes en relación con el estudio de la disuasión: a) la teoría de la disuasión empezó a concebirse como una teoría de la *percepción* de la amenaza de la pena y de la relación entre tal percepción y el comportamiento vinculado a ella; y b) la teoría de la disuasión se amplió para tomar también en consideración la importancia de las sanciones informales, de manera que los costes legales serían sólo una parte de los factores valorados racionalmente por los potenciales delincuentes. Sobre la primera cuestión, ver *op. cit.*, pp. 804 y ss. destacando que se sabe poco sobre la formación de la percepción del castigo (a partir de la experiencia personal y de la de terceros), y hay pocas evidencias de una correlación sólida entre las cualidades objetiva y subjetiva del castigo.

¹⁹ Ver, p. ej., Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 773 y ss. Para una breve pero ilustrativa exposición de la evolución histórica de la teoría de la disuasión desde un punto de vista intelectual, en la criminología, ver *op. cit.*, pp. 767-782.

²⁰ Ver, p. ej., Daniel S. NAGIN (n. 6), p. 18 ss. Ver también A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 10 ss. estos autores señalan que, a partir de la década de 1970, se produjo un renacimiento del interés académico por la disuasión, motivada, junto con la repercusión del trabajo de G. Becker, por la crítica de algunos criminólogos a la ortodoxia mayoritaria y al énfasis otorgado al estudio del delincuente y su “disposición”, lo cual les llevó a desplazar el foco de su interés hacia el acto delictivo, que parecía contener algunos elementos de racionalidad. En relación con el planteamiento de G. Becker sobre la decisión de delinquir y sus limitaciones, ver Iñigo ORTIZ DE URBINA (n. 13), pp. 51 y ss.

²¹ En relación con la propuesta de Daniel S. NAGIN, ver (nota 6), pp. 11 y ss. Ver también Steven N. DURLAUF / Daniel S. NAGIN, “The deterrent effect of imprisonment”, en Philip J. COOK / Jens LUDWIG / Justin McCRARY (eds.), *Controlling crime: Strategies and tradeoffs*, 2011, pp. 44-47.

²² Ver, p. ej., Andrew von HIRSCH *et alter* (n. 6), p. 5.

produzca un efecto preventivo, tiene sus *limitaciones*.²³ Tales limitaciones derivan de los requisitos que deben concurrir para que la pena produzca un efecto intimidatorio que influya de la forma descrita en la decisión de no delinquir, de las circunstancias que, a su vez, influyen en la concurrencia de aquellos requisitos, de las dificultades para modificar la certeza, la severidad y la celeridad de la pena, — que son las variables a las que se vincula su efecto intimidatorio— y del conjunto de consecuencias que ello comporta.²⁴

4. La pena puede ser más o menos severa (en función, p. ej. de los derechos que limita, de la forma e intensidad de tal limitación, o de su duración)²⁵. Como ya hemos indicado, la imposición y la ejecución de la pena determinan un grado distinto de severidad, que repercute en el cálculo del coste que aquélla representa. La severidad —y, por lo tanto, el coste— de una pena que se impone pero no se ejecuta es inferior al de una pena que también se ejecuta. La *posibilidad* de suspender la ejecución disminuye la certeza de la severidad propia de la ejecución de la pena.

En cualquier caso, la pena no es una consecuencia segura de la comisión de un delito. La probabilidad de ser sancionado —que es algo distinto de la probabilidad de que se imponga una determinada pena²⁶— puede ser mayor o menor. Depende de que el delito sea detectado y su autor identificado, procesado y condenado. Se considera que la certeza del castigo es el resultado de la probabilidad de estas variables.²⁷ También puede ser mayor o menor la celeridad con la que, en su caso, se sufrirían los costes relacionados con la pena.²⁸

Ya desde sus orígenes en los trabajos de Beccaria y Bentham, la teoría de la disuasión consideró que este fenómeno dependía de la certeza, la severidad y la celeridad de la pena, y que estas variables influyen de forma muy importante en el cálculo del coste que aquélla representa y, en definitiva, en el proceso disuasorio. También desde el principio se consideró que no todas ellas tienen la misma importancia. Como Cesare BECCARIA²⁹, la mayoría de la doctrina considera que

²³ Las limitaciones relativas a la posibilidad de que la pena produzca un efecto intimidatorio que influya sobre la decisión de cometer o no el comportamiento delictivo no afectan sólo a la disuasión marginal, sino también a la propia posibilidad de que se produzca el indicado efecto disuasorio.

²⁴ Ver Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 766-767; este autor señala dos importantes razones por las que la evidencia empírica en apoyo de la disuasión criminal es tan débil: es muy difícil aislar y medir con precisión un efecto disuasorio porque antes de que pueda producirse la disuasión han de suceder muchas cosas y, además, es muy difícil generar efectos disuasorios sólidos a través del sistema jurídico porque éste no es capaz de aprovecharse de forma efectiva de la racionalidad humana.

²⁵ Naturalmente, en muchos casos la valoración de la severidad de la pena puede variar, y dependerá de múltiples factores.

²⁶ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), p. 61.

²⁷ Ver, p. ej., Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 4 y 10, 11 ss; cfr. A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 5 y 6.

²⁸ Al respecto, ver, p. ej., Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 816-817 y 820-823..

²⁹ Ver Cesare BECCARIA, *De los delitos y las penas* (trad. de Juan Antonio de las Casas), 1968, (la primera edición es de 1714), pp. 71-72 (del capítulo 27): “No es la crueldad de las penas uno de los más

la probabilidad del castigo es el factor que tiene mayor importancia en el proceso disuasorio.³⁰

C) Requisitos de la eficacia preventiva general intimidatoria de la pena, y de la posibilidad de aumentarla modificando su certeza, severidad y celeridad

5. La consecuencia de lo anterior y de la posibilidad de alterar el coste que representa la pena, a través de la modificación de alguna de aquellas variables, es que, cuando tal alteración modifique el resultado final del cálculo de los costes y beneficios, pasando a ser mayores los costes, ello repercutirá en la eficacia preventiva de la pena, que se incrementará en la medida en que, efectivamente, un número mayor de potenciales delincuentes conozcan y tomen en consideración los costes y beneficios asociados a la comisión del delito y aquéllos pasen a ser superiores a los beneficios.³¹

La doctrina destaca que la eficacia disuasoria de la pena, y también la posibilidad de incrementarla, están condicionadas por circunstancias objetivas y subjetivas, de las que depende el valor que los potenciales delincuentes otorgan a los costes y beneficios asociados al comportamiento delictivo, y el resultado final de su

grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; (...) La misma atrocidad de la pena hace se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo. (...) Para que una pena obtenga su efecto basta que el mal de ella exceda del bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe ser calculada la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico. Los hombres se regulan por la repetida acción de los males que conocen y no por la de aquellos que ignoran”.

³⁰ Como, p. ej. señala Iñigo ORTIZ DE URBINA (“El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal: ¿Es posible la disuasión?”, en Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, 2014, p. 130), “en la actualidad existe acuerdo en que la disuasión guarda una correlación positiva con tres factores: la gravedad de la sanción, su probabilidad y la rapidez de su imposición”. Aquel autor destaca que (*op. cit.*, p. 131) el modelo del análisis económico del derecho, basado en el *homo oeconomicus*, no es una buena descripción de la realidad. Para este modelo las penas son costes esperados, producto de la gravedad y la probabilidad de la pena, y ambas variables se consideran intercambiables, de modo que los cambios en la probabilidad podrían compensarse con cambios en sentido inverso en el rigor de la pena. Sin embargo, en contra de este modelo, las personas no reaccionamos de modo idéntico ni siquiera similar a las variaciones en la probabilidad de ser sancionados y a los cambios en la magnitud de la pena imponible en caso de sanción. Por el contrario, existe consenso en que reaccionamos de modo mucho más pronunciado a los cambios en la probabilidad, de modo que debe rechazarse la conclusión del análisis económico del derecho sobre la eficiencia de las sanciones, que se identifica con una pena muy elevada con una probabilidad muy baja, porque en ese nivel de probabilidad la disuasión se resiente de forma decisiva y en ningún caso se puede hablar de intercambiabilidad entre probabilidad y dureza de la sanción. Los modelos económicos del delito pueden y deben acomodar este resultado empírico, pasando de una perspectiva “beckeriana” a otra “becariana”: la probabilidad importa mucho más. Volveremos sobre esta cuestión. De momento, ver también, p. ej., Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 9 y ss; Raymond PATERNOSTER (n. 8), p. 818; Antonio GARCÍA-PABLOS de MOLINA, *Tratado de criminología*, 5. ed, 2014, p. 996.

³¹ Ver, de momento, Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 783 y ss.

consideración. Como señala Paul H. ROBINSON, a ello se sumarían los obstáculos derivados de que, muchas veces, los potenciales delincuentes no conocen las normas legales e, incluso cuando las conocen, no pueden o no quieren utilizar tal conocimiento para guiar su conducta en su propio beneficio, lo cual se debería a influencias sociales, situacionales o químicas.³²

Los requisitos de la eficacia disuasoria de la pena pueden dividirse en *dos grupos*: a) los relativos al conocimiento de la pena, y a la consideración de ésta en la decisión racional de actuar ponderando los costes y beneficios del correspondiente comportamiento; y b) los relacionados con la exigencia de que los costes del delito sean superiores a los beneficios. Estos requisitos y el conjunto de circunstancias que influyen en su concurrencia explican el carácter *limitado y heterogéneo* de la eficacia disuasoria de la pena, y de las consecuencias de la modificación de su certeza, severidad y celeridad.

6. Como apuntábamos antes, el incremento de la eficacia preventiva derivado de una modificación de la pena dependerá de *que el incremento de los costes sea suficiente para que éstos superen a los beneficios*. Y ese incremento de la eficacia preventiva sólo se producirá en los casos en los que *el coste anterior era inferior al beneficio asociado a la comisión del delito*. La eficacia intimidatoria de la pena no se verá alterada por el incremento de la probabilidad de su imposición, severidad y/o celeridad cuando la configuración anterior de la amenaza de la pena ya producía un efecto disuasorio.³³ Y aquel incremento sólo aumentará la eficacia disuasoria de la pena en la medida en que los costes pasen a ser mayores que los beneficios. Esto comporta reconocer el *carácter relativo* de la capacidad disuasoria de una determinada pena, y que está condicionada por *circunstancias objetivas*.

Los estudios sobre la teoría de disuasión destacan que ésta también tiene un *aspecto o dimensión subjetivos*, en un doble sentido.³⁴ El cálculo de los costes y beneficios, y de la relación entre ambos depende, en parte, de la valoración que haga de ellos cada sujeto.³⁵ Y, así mismo, depende de la percepción que tenga de

³² Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 52 y 99; desarrollando estos argumentos en pp. 51 y ss.,

³³ Dicho de otro modo: una vez que la pena supone un coste superior a los beneficios, el incremento del coste (aumentando la celeridad, severidad y/o certeza) no alteraría la decisión de omitir la realización del delito.

³⁴ Ver, p. ej. Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON (n. 10), pp. 68-69; A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), p. 6, señalando que un incremento de las penas que los potenciales delincuentes conocen no producirá un efecto disuasorio si el incremento es insuficiente para producir un efecto intimidatorio, o éste sí se produce pero los potenciales delincuentes tienen intereses más importantes (p. ej. económicos) o hay factores (como la adicción a las drogas) que favorecen la comisión del delito.

³⁵ Al respecto, Daniel S. NAGIN señala (n. 6, p. 17) que si en los costes de la comisión se incluye la vergüenza (*shame*) vinculada a la comisión de un hecho que comporta privar a otro de la propiedad o realizar violencia sobre su persona, para la mayoría de la gente el coste asociado a la sanción es irrelevante en relación con la decisión de no cometer el delito; aquel es, por lo tanto, un aspecto elemental pero también fundamental en la discusión sobre el grado en el que el temor a la sanción afecta el comportamiento respecto de las distintas personas.

ellos, si bien —como veremos— los estudios empíricos demuestran que la percepción responde a determinados criterios y, en este sentido, no es algo totalmente subjetivo. El hecho de que, tanto la *percepción* como la *valoración* de los costes y beneficios dependan, en parte, de factores subjetivos comporta que una determinada pena, o una modificación de la probabilidad de su imposición, certeza y/o celeridad sólo producirán un efecto disuasorio en la medida en que sean percibidas por los potenciales delincuentes, y dependerá también de la forma en la que éstos la valoren.

A. von HIRSCH *et alter* aluden a la existencia de umbrales (*thresholds*)³⁶: por debajo de determinados niveles de severidad, o por encima de determinados niveles, el potencial delincente es indiferente a la alteración del nivel de la pena, porque esa alteración no repercute de forma significativa en su cálculo final de las ventajas y desventajas. Así, p. ej., doblar el importe de una multa modesta no produce ningún efecto si los potenciales delincuentes consideran que, a pesar del incremento, la multa todavía es demasiado baja como para preocuparse de ella. A su vez, aunque altere la percepción de lo que el castigo supone, agravar una pena grave de prisión no incrementa la intimidación que produce si los potenciales delincuentes consideran que ya con la pena no agravada habrían “perdido”. Los umbrales de un determinado grupo de potenciales delincuentes pueden variar, y el patrón de tales diferencias puede plantear problemas. El umbral puede seguir un patrón de incremento gradual y constante y, aquí, el incremento del castigo puede tener un efecto acumulativo en la reducción del número de delitos que se cometen. Pero los resultados serán distintos si el patrón de los umbrales es más bipolar: cuando el nivel de castigo ya producía un efecto preventivo en un sector de los potenciales delincuentes, si el incremento de ese nivel no repercute sobre el otro sector, no comportará un incremento significativo de la prevención.

Como indicábamos antes, todo lo anterior ayuda a explicar el carácter heterogéneo y limitado de la eficacia disuasoria de la pena y de las consecuencias de la modificación de su certeza, severidad y celeridad: depende de las características previas de la pena, del contenido de la modificación, y del resto de circunstancias objetivas y subjetivas en las que se plantea la posibilidad de delinquir.³⁷ Y a ello han de sumarse los límites de la propia pena para experimentar una modificación que pueda tener consecuencias desde el punto de vista de su eficacia disuasoria. A continuación vamos a completar lo dicho hasta aquí con la exposición que realiza Paul H. ROBINSON de los requisitos de la eficacia disuasoria de la pena y de las circunstancias de las que depende su concurrencia, o que influyen en ella.³⁸

³⁶ Ver A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 7-8.

³⁷ Indicando que la disuasión marginal dependerá del tipo de potenciales delincuentes que más frecuentemente estarán tentados de cometer el correspondiente delito, ver, p. ej., A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), p. 6.

³⁸ Ver también la enumeración que realizan A. von HIRSCH *et alter* de las condiciones que, debido a la

7. Como señala Paul H. ROBINSON³⁹, para que el Derecho penal tenga efectos sobre el comportamiento de un sujeto debe responderse afirmativamente a cada una de estas tres preguntas: 1) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que tiene para él la norma que pretende influirle?; 2) si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones?; 3) si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en su decisiones ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito?, esto es, ¿superarán los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitirla?

En relación con *el obstáculo que el desconocimiento del Derecho* representa para la posibilidad de que la pena produzca un efecto disuasorio, Paul H. ROBINSON destaca que las personas tienden a creer que lo que está prohibido es lo que ellos consideran que debería estarlo. Ello sugiere que, para predecir cuál es la norma vigente, *los ciudadanos* usan sus propias intuiciones morales, en lugar del conocimiento real de la norma jurídica. Podría pensarse que *los potenciales delincuentes* tienen más incentivos para conocer los detalles del Derecho vigente y, por lo tanto, un conocimiento más preciso, pero Paul H. ROBINSON también cuestiona tal extremo, y considera que su conocimiento es, así mismo, relativamente pobre. La consecuencia es la siguiente: cuando la norma vigente se desvía de los estándares de justicia compartidos por la comunidad, el sistema tiene una dificultad mayor para hacer que (en general, y también por parte de los delincuentes) se conozca el Derecho y, si no se hace un esfuerzo especial para publicitar la norma contraintuitiva, aumenta la probabilidad de que los potenciales delincuentes no la conozcan.⁴⁰ Como destaca el propio Paul H. ROBINSON, lo anterior no impide reconocer que, si bien es algo excepcional, algunas normas jurídicas pueden ser ampliamente conocidas. Por ejemplo, muchos conocen que las penas previstas para los mayores de edad son más graves que las previstas para los menores y, por ello, no resulta sorprendente que las tasas de delincuencia de los menores disminuyan cuando alcanzan la mayoría de edad, aunque se trate de una bajada temporal.

Una pena cuya existencia se desconoce no puede producir un efecto disuasorio. Pero, como apunta el propio Paul H. ROBINSON, en relación con su eficacia

naturaleza subjetiva de la disuasión, deben concurrir para que los cambios en la probabilidad o la severidad del castigo influyan en la prevención intimidatoria; A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), p. 7. Se trata de las siguientes condiciones: el potencial delincuente a) debe darse cuenta de que la probabilidad de condena o la severidad han cambiado; b) debe tener en cuenta tales cambios; c) debe creer que hay una probabilidad significativa de ser capturado y condenado; d) debe creer que, si es capturado, se le impondrá la nueva pena; y e) debe estar dispuesto a modificar su decisión a la vista del cambio percibido en la certeza o severidad del castigo. A. von HIRSCH *et alter* destacan que, en circunstancias apropiadas, estas condiciones pueden darse, pero aquel listado muestra la complejidad y la pluralidad de aspectos relacionados con la disuasión.

³⁹ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 51 y ss, especialmente 54 y ss.

⁴⁰ Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 55-56.

disuasoria, la posibilidad de que un elevado número de personas no conozca las penas sólo es relevante en la medida en que se trate de potenciales autores del delito que corresponde castigar con la pena que desconocen. El desconocimiento de la previsión de una pena es irrelevante si se trata de sujetos que no se plantean cometer ese delito, y el desconocimiento de las características de la pena es irrelevante para quienes cualquier pena ya representa un coste superior a los beneficios que asocian a la comisión del delito. Incluso en relación con los potenciales delincuentes, la posibilidad de que la pena tenga un efecto disuasorio no exige que conozcan cuál es exactamente su contenido. La pena puede producir un efecto disuasorio aunque el sujeto desconozca cuál es exactamente su contenido. Bastará con que los potenciales delincuentes conozcan que la comisión del hecho tiene prevista una pena para que ésta pueda producir un efecto disuasorio si concurren los otros requisitos. Y el efecto disuasorio de la pena puede ser mayor que el que se produciría si los potenciales delincuentes conocieran exactamente su contenido: el desconocimiento del contenido exacto de la pena puede aumentar o disminuir la intensidad de su eficacia disuasoria.

El que Paul H. ROBINSON denomina “*obstáculo de la elección racional*” está relacionado con el hecho de que lo que se conoce no siempre se recuerda y se utiliza adecuadamente al tomar una decisión.⁴¹ Sin distinguir suficientemente entre las tres hipótesis, aquel autor alude a la posibilidad de que las circunstancias que concurren al plantearse el potencial delinciente la comisión del delito determinen que, pese a conocer la pena, (a) no tome en consideración el coste que representa (conoce que el Ordenamiento jurídico prevé una pena para ese comportamiento, pero al plantearse su comisión no piensa en ello), (b) lo infravalore, o (c) sobrevalore los beneficios asociados a la comisión del delito. Se trata de circunstancias relacionadas con rasgos de la personalidad de los potenciales delincuentes (como una menor inclinación a pensar en las consecuencias de la conducta o guiarse por ellas, una preferencia por el riesgo, una mayor impulsividad, una baja capacidad de posponer la gratificación o de autocontrol, u otras vinculadas específicamente a patologías como la paranoia o la bipolaridad) o con el hecho de actuar en grupo⁴². También son aquí relevantes las influencias sociales (como una valoración positiva del incumplimiento de la ley por parte del grupo de personas con las que se relaciona el sujeto, u otras influencias asociadas a las relaciones de grupo),

⁴¹ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 57-61

⁴² Paul H. ROBINSON alude a la teoría de la asociación diferencial, según la cual quienes están predispuestos al delito acaban relacionándose entre sí y esa relación reforzará aquella predisposición. Además, menciona los fenómenos del “giro arriesgado” (tras discutir qué hacer, un grupo toma una decisión que a menudo es más arriesgada que la medida de lo que los individuos habrían estado previamente dispuestos a hacer), y de la “desindividualización” (el sujeto se pierde en la multitud). También se apunta que según los datos disponibles, los delincuentes que actúan en grupo cometen un número desproporcionadamente alto de delitos, y que, excepto en los casos de homicidio y violaciones sin robo, en los que a menudo los delincuentes conocen a sus víctimas, la mayoría de delincuentes cometen su delitos junto con otros sujetos. Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 59 y 60.

químicas (como las derivadas del consumo de drogas y alcohol), el deseo de venganza, la rabia o el enfado, o la presencia de una situación de necesidad (amenaza de un mal).

Admitimos la posibilidad y relevancia de todo lo anterior. Pero creemos que la probabilidad de que las circunstancias antes mencionadas excluyan la consideración del coste que la pena representa no es totalmente independiente de la certeza, gravedad y celeridad de aquélla. La influencia de aquellas circunstancias puede provocar que los potenciales delincuentes no tomen en consideración el coste que la pena representa, con independencia de que ese coste sea mayor o menor. Pero, cuanto mayor sea la certeza, gravedad y celeridad de la pena que el sujeto percibe, menor será la probabilidad de que resulte indiferente a tal amenaza y prescinda de tomarla en consideración o la infravalore al contrastarla con el beneficio que asocia a la posibilidad de cometer el delito.

En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas por Paul H. ROBINSON —*el obstáculo del coste neto esperado*—, aquel autor analiza separadamente la percepción del coste y la del beneficio. En relación con la primera, parte de la distinción entre la probabilidad de ser sancionado, la severidad de la pena, y su celeridad. También la probabilidad de obtenerlo, su cantidad e inmediatez son relevantes al evaluar el beneficio percibido del delito; normalmente se tratará de un beneficio inmediato o próximo en el tiempo, cuyo valor se exagera a menudo, siendo menos frecuente que el beneficio se infravalore, como sucede en relación con el coste que supone la pena⁴³.

En relación con la *probabilidad* de que se imponga la pena, Paul H. ROBINSON señala que, debido a que es realmente baja, o debido a que se percibe como tal (porque se conoce la probabilidad real, porque se sobrevalora la capacidad de evitar el castigo, o por otras razones) su capacidad de disuasión también es baja. Y el incremento de la probabilidad real no siempre comporta la percepción de una probabilidad mayor. Además, la capacidad del sistema de justicia para incrementar la probabilidad real y la percibida de ser castigado es también una capacidad limitada.

Como otros autores, Paul H. ROBINSON señala que los estudios sugieren que la tasa de respuesta es bastante sensible a una caída de la probabilidad del castigo, siendo muy reducidos los efectos de supresión cuando las tasas de detención y condena son muy bajas.⁴⁴ Añade que la producción de “estallidos de respuesta” (la confianza en que no se producirá un hecho que se ha producido muy recientemente) muestra la complejidad de las dinámicas de disuasión. Las diferencias entre la probabilidad real y la percibida responden, también, a que ésta se ve afectada por una posible infraestimación o sobreestimación de la probabilidad real de eventos

⁴³ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 77-78.

⁴⁴ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 62 y ss.

inusuales. Al respecto, parece oportuno señalar que, según Daniel KAHNEMAN, en contra del principio de la expectativa, “los valores que, en sus decisiones, las personas asignan a determinados resultados no son idénticos a los valores de las probabilidades de esos resultados. Los resultados improbables son sobreestimados; es el efecto de posibilidad. Y los resultados casi ciertos son subestimados relativamente a la certeza actual. El *principio de la expectativa*, que hace que los valores sean estimados por su probabilidad, encierra una pobre psicología”⁴⁵. Al respecto, Paul H. ROBINSON apunta que las personas que es más probable que cometan delitos son también quienes más delitos suelen cometer (lo cual no comporta que lleguen a ser detectados y sancionados tras la comisión de multitud de delitos) y, por ello, quienes mejor conocen lo baja que es la probabilidad de ser sancionados. A ello se sumaría el hecho de que suelen sobreestimar su habilidad para evitar la sanción, lo cual comporta que infravaloren el riesgo que perciben.

En relación con la *severidad* (magnitud) de la sanción, Paul H. ROBINSON destaca que un sistema disuasorio efectivo referido a una pluralidad de comportamientos de distinta gravedad tiene que modular las sanciones, aunque hay otros factores (desde la dificultad de detección al grado de publicidad) que un sistema disuasorio eficiente querría considerar al establecer el nivel óptimo de sanción. Aquella modulación ya representa una dificultad del sistema disuasorio⁴⁶. En buena medida, porque la *complejidad de la relación entre la gravedad del castigo y el proceso disuasorio* dificulta establecer la severidad de la pena de manera fiable para optimizar la disuasión. Debe tenerse en cuenta que la eficacia disuasoria de una pena depende de la severidad de las que se hayan cumplido previamente⁴⁷, así

⁴⁵ Daniel KAHNEMAN (n. 14), pp. 406-407. Al exponer el aspecto de la teoría de las perspectivas (*op. cit.*, pp. 362 y ss, especialmente 404 y ss), según el cual los valores decisorios no son idénticos a los valores de la probabilidad, este autor destaca que aumentar las posibilidades de 0 a 5 por ciento transforma la situación, introduce una posibilidad que antes no existía (efecto de posibilidad). Es un cambio cualitativo, mientras que un incremento del 5 al 10 por ciento es solo una mejora cuantitativa. La probabilidad se duplica, pero existe un acuerdo general en que el valor psicológico de la posibilidad no se duplica. El efecto de posibilidad hace que se valoren resultados muy improbables en una medida desproporcionadamente mayor de la que se “merecen”. La mejora del 95 al 100 por ciento es otro cambio cuantitativo que produce gran impresión: es el efecto certeza. A resultados que son casi ciertos se les da un valor menor del que su probabilidad justificaría. El propio Daniel KAHNEMAN señala (*op. cit.*, p. 406) que la posibilidad y la certeza producen efectos igual de poderosos en el dominio de las pérdidas, y explica la tendencia a sobreestimar riesgos pequeños y que estemos dispuestos a pagar mucho más del valor esperado para eliminarlos por completo. También destaca (*op. cit.*, p. 411) que la combinación de efecto certeza y efecto de posibilidad en los dos extremos de la escala de probabilidad inevitablemente viene acompañada de una sensibilidad nada adecuada a las probabilidades intermedias. Otra observación de aquel autor relacionada con la cuestión que estamos analizando en este trabajo, es la que indica que es difícil asignar un valor decisorio único a eventos sumamente raros, porque a veces son ignorados por completo y, entonces, su valor decisorio sería cero. Cuando no los ignoramos es casi seguro que los sobredimensionamos. Tampoco es irrelevante la tesis según la cual los valores decisorios también dependen de cuál sea el resultado al que se refieren y sus características y, más concretamente, de si se trata o no de un resultado que atrae especialmente la atención.

⁴⁶ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), p. 66.

⁴⁷ Ello se debe al efecto de “adaptación a la intensidad”: la eficacia de castigos cada vez más severos depende de la severidad del primer castigo, porque se aprende a tolerar niveles de castigo que habrían

como el hecho de que el incremento de su duración no siempre comporta que quien lo sufre perciba un incremento equivalente de la severidad. El efecto de “adaptación al entorno” comporta que la dureza de cada unidad adicional será cada vez menor, impidiendo que la dureza del castigo sea lineal respecto a la duración de la pena; la dureza es mayor durante el periodo inicial de adaptación, que relativiza la negatividad de un empeoramiento posterior y determina que la nueva situación pase a verse como un estado neutro.⁴⁸ La duración del castigo interactúa de modo multiplicador con su intensidad para producir la cantidad total de castigo de la experiencia carcelaria. Pero Paul H. ROBINSON destaca que el recuerdo de la gravedad del castigo no depende tanto de su duración como de la intensidad de cada momento: un dolor de determinada intensidad se recuerda como algo menos doloroso cuando, ese mismo dolor, va seguido de un dolor menos intenso (efecto “descuido de la duración”).⁴⁹ Por lo tanto, una pena más corta tiene una mayor probabilidad de ser percibida tan negativamente al final como al principio y, por ello, se percibirá de un modo más negativo que una mucho más larga que es igualmente negativa al principio, pero menos al final. Ello se explica por el hecho de que, según el cálculo que incluye el descuido de la duración, la mucho mayor duración contribuye poco o nada al carácter negativo del recuerdo de la pena cumplida y, también, por el hecho de que la “intensidad final” de la pena corta llega antes de que haya tenido oportunidad de decaer, mientras que la de la pena larga es más reducida que al principio. Como indica a continuación el propio Paul H. ROBINSON, esto son malas noticias para la práctica disuasoria estándar, que se apoya en la duración de la condena para ajustar la magnitud del castigo que supone la privación de libertad. También compartimos su observación de que los efectos del descuido de la duración no sólo tienen consecuencias en relación con aquellos que sufren el castigo (prevención especial), pues, de acuerdo con las teorías criminológicas de la asociación diferencial, la percepción de éstos puede transmitirse a terceros e influir, así, en el proceso de disuasión general (efecto “goteo de la verdad”). Finalmente, Paul H. ROBINSON señala que la amenaza del estigma asociado a la condena varía en función del entorno del sujeto y, por ello, es posible que aquella no represente ninguna pérdida de estatus y de respeto.⁵⁰ Desde el punto de vista de la gravedad de la pena tampoco son irrelevantes las condiciones de vida de cada sujeto, y su mayor o menor diferencia con las que se asocian al cumplimiento de la condena. Pero consideramos exagerada la conclusión final de aquel

disuadido la conducta sancionada. Y también se debe al “endurecimiento frente al castigo”: si una serie de castigos de intensidad creciente comienza en un nivel ineficaz para reprimir la conducta transgresora inicial, simplemente condiciona a la persona a tolerar los castigos más graves sin reducir la tasa de transgresión.

⁴⁸ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), p 68 y ss, 93 y ss, con referencias a la noción de “rutina hedónica”.

⁴⁹ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), p 70 y ss. Ver también Daniel KAHNEMAN (n. 14), pp. 491 y ss.

⁵⁰ Por el contrario, como también indican Nagin y otros autores, para la gente preocupada por la aprobación de personas con valores tradicionales, el coste de la sanción será muy alto, e incluso una baja probabilidad de condena producirá efectos disuasorios.

autor: “conforme a las prácticas actuales, la amenaza de la sanción es, en el mejor de los casos, impredecible y, en el peor, poco fiable para la modulación de la magnitud de la sanción con la que se amenaza, una incapacidad que en sí misma frustrará el esquema disuasorio”⁵¹. Sí compartimos la afirmación menos contundente que realiza a continuación: “ello, a su vez, *afecta la efectividad* de un sistema de sanciones penales que intenta controlar la conducta mediante la distribución de la responsabilidad penal y la pena conforme a un análisis en términos de disuasión”⁵². Finalmente, queremos indicar aquí que, como sugiere la teoría de las perspectivas de Daniel KAHNEMAN, la repercusión preventiva del incremento de la severidad del castigo dependerá del punto de referencia. Pero también del *principio de la aversión a la pérdida*, según el cual la intensidad de los motivos para evitar pérdidas y obtener ganancias es asimétrica: aquéllas pesan más que las ganancias, nos mueve mucho más evitar pérdidas que obtener ganancias⁵³. Ello refuerza las premisas de la teoría de la disuasión.

La investigación psicológica también muestra el problema de la dilación en la imposición del castigo, derivado de que sus efectos disuasorios decrecen rápidamente conforme aumenta la dilación entre la transgresión y el castigo (descuento de las consecuencias futuras).⁵⁴

III. COMPROBACIÓN DE LA EFECACIA PREVENTIVA INTIMIDATORIA DE LA PENA, Y DE LAS CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN DE SU CERTEZA, SEVERIDAD Y CELERIDAD

1. Más allá de cuestiones normativas, se entiende a menudo que uno de los principales obstáculos a la consideración de la teoría de la disuasión (prevención intimidatoria), ha sido el apoyo empírico con el que cuenta: la ausencia o escasa solidez de la demostración de la producción del proceso disuasorio, y de que el incremento de la certeza, la severidad y/o la celeridad de la pena

⁵¹ Paul H. ROBINSON (n. 5), p p. 74.

⁵² Cursiva añadida.

⁵³ Ver Daniel KAHNEMAN (n. 14), pp. 362 y ss, especialmente 369 y ss. Como señala aquel autor (*op. cit.*, p. 367), aquella asimetría tiene una historia en el contexto de la evolución. Los organismos que responden a las amenazas con más urgencia que a las oportunidades, tienen mejores posibilidades de sobrevivir y reproducirse.

⁵⁴ Ver Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 75 ss. (que alude también a la denominada “miopía ética”) y 93. Ver también Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 805-806 y 820-823, con referencias a estudios sobre la diferencia entre el incremento objetivo de la severidad y la forma en la que se percibe, lo cual, por ejemplo, supondría que una condena de cinco años de prisión se considere sólo el doble de grave que una condena de un año, o una condena de diez años se considere sólo cuatro veces más severa que una condena de un año. Raymond PATERNOSTER destaca que la pérdida de eficacia disuasoria derivada de la dilación del castigo es perfectamente coherente con la afirmación de que los potenciales delincuentes actúan ponderando racionalmente los costes y beneficios, pues tal valoración viene también determinada por el carácter inmediato o lejano de las consecuencias (positivas y negativas) del comportamiento. Como han indicado también otros autores, ésta sería, precisamente, una de las principales limitaciones de la capacidad de disuasión del sistema de justicia criminal.

produce, a su vez, un incremento de la prevención de las conductas delictivas.⁵⁵

A continuación examinamos las evidencias empíricas de la prevención intimidatoria. Sin perjuicio de una sucinta referencia posterior al estudio realizado por Fernando MIRÓ y Raquel BAUTISTA, haremos aquel examen mediante la exposición y análisis de dos importantes trabajos de autores expertos en la materia: A) Andrew von HIRSCH, Anthony E. BOTTONS, Elisabeth BURNEY y Per-Olof WIKSTRÖM, *Criminal deterrence and sentence severity*, 1999; b) Daniel S. NAGIN, “Deterrence in the Twenty-first Century: A Review of the Evidence”, publicado en *Crime and Justice*, Vol. 42, No. 1, *Crime and Justice in America 1975–2025*, 2013, pp. 199-263.

2. El trabajo de A. von HIRSCH *et alter* deriva del encargo realizado por el Ministerio de Interior del Reino Unido al Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge para examinar y analizar los estudios sobre disuasión relacionada con la delincuencia y, más concretamente, el posible efecto disuasorio general derivado de incrementar la severidad de las condenas y, especialmente, de incrementar el uso y duración de las condenas a penas privativas de libertad (*custodial sentences*). Aquellos autores consideran que existen evidencias inequívocas de que, a veces, la gente normal puede resultar disuadida por sanciones formales e informales.⁵⁶ También hay buenas razones para creer que, considerado en conjunto, el sistema de justicia criminal produce un efecto disuasorio, de modo que se cometerían más delitos si tales infracciones no se detectaran y castigaran. Más complejo resulta determinar el efecto disuasorio marginal de los cambios que afectan a la certeza del castigo (a la posibilidad de ser detectado y/o condenado), así como el efecto disuasorio marginal de los cambios relativos a la severidad del castigo mediante cambios referidos al contenido de la condena (*sentencing policy*). En cualquier caso, ésta última cuestión sólo puede analizarse si también se analizan los cambios relacionados con la certeza.⁵⁷

Tras examinar estudios anteriores⁵⁸, se estudian, en primer lugar, los más recién-

⁵⁵ Ver, p. ej., Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 775-777.

⁵⁶ A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 1 y 47

⁵⁷ A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), p. 1

⁵⁸ Entre otros, A. von HIRSCH *et alter* (n. 6, pp. 10-15) aluden al informe publicado en 1978 por la Comisión de la Academia Nacional de las Ciencias de Estados Unidos de América sobre la investigación de los efectos disuasorios e incapacitadores, realizado por A. Bumstein, J. Cohen y D. Nagin, que ya ponía de relieve los problemas de los estudios basados en asociaciones, y concluía que las evidencias son más favorables a la existencia de disuasión y existen, a priori, apoyos de que las sanciones penales influyen por lo menos en el comportamiento criminal de algunos individuos. El informe publicado en 1979 y realizado por D. Beyleveld como consecuencia del encargo realizado por el Ministerio del Interior al Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, compartía las conclusiones sobre la existencia de correlaciones negativas consistentes entre el riesgo de aprehensión y las tasas de delincuencia, pero las correlaciones entre las tasas de delincuencia y las variables que medían la severidad del castigo eran generalmente de una magnitud mucho menor.

tes que analizan la correlación entre cambios en la certeza y severidad del castigo y las tasas de delincuencia (*association studies*).⁵⁹ En segundo lugar, se analizan los estudios sobre la correlación entre la percepción de la certeza y la severidad del castigo y la decisión de delinquir.⁶⁰ El primer grupo de estudios muestra (como los realizados previamente) una relación estadística (dicho de otro modo, una correlación) negativa entre la *certeza* del castigo y las tasas de delincuencia. La relación estadística entre la *severidad* del castigo y las tasas de delincuencia es considerablemente más débil.⁶¹ Ello sólo podría indicar un efecto disuasorio en el caso de que también existieran evidencias de que una parte importante de potenciales delincuentes están al corriente de los cambios relativos a la certeza o a la severidad del castigo. Los trabajos sobre el efecto disuasorio de la percepción del castigo no han estudiado aquella cuestión; se centran en la relación entre ésta y la decisión de delinquir y sólo confirman que la percepción del riesgo de ser detectado y castigado puede influir en la decisión de delinquir.⁶²

A. von HIRSCH *et alter* concluyen que —sin perjuicio de las reservas derivadas de la dificultad de atribuir un efecto disuasorio a los cambios en la certeza y la severidad del castigo examinando su correlación con las tasas de delincuencia— las consistentes y negativas correlaciones entre la probabilidad de ser condenado y las tasas de delincuencia presentan un patrón que, como mínimo, concuerda con la

⁵⁹ A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 25 ss. Algunos estudios encontraban una relación negativa estadísticamente sólida entre la certeza del castigo y las tasas de criminalidad, siendo menos sólida o inexistente la relación con las variables relacionadas con la severidad del castigo. Sobre las características de este tipo de estudios y los requisitos que deben reunir para que se puedan extraer conclusiones de un efecto disuasorio, ver *op. cit.* p. 12 y 17 y ss, destacando que la mera asociación (relación) estadística negativa no muestra que los cambios del sistema de justicia criminal dan lugar a cambios en las tasas de criminalidad. Pero si se determina que un incremento en la certeza o la severidad del castigo guarda una correlación negativa con tasas más bajas de delincuencia (esto es, que los valores bajos de una de las variables evolucionan conjuntamente con los valores altos de la otra), y los pasos que deben realizarse aportan resultados afirmativos, ello proporcionará una confirmación razonable de que se está produciendo un proceso disuasorio. Entre los pasos que deben realizarse, A. von HIRSCH *et alter* destacan la importancia de especificar las variables del sistema de justicia cuyos efectos se quieren examinar y la importancia de distinguir entre la severidad y la certeza del castigo; algunos estudios utilizan la población penitenciaria pero ésta no es un buen indicador de la severidad, y cuando se utilizan medidas de severidad es necesario controlar también los efectos de la certeza del castigo. Sobre las características de los diseños cuasi experimentales y los que siguen el método de “antes y después”, que se apoyan en la indagación de la situación antes y después de una determinada intervención, ver *op. cit.*, 22-23.

⁶⁰ Ver A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 33 ss y 46. Se analizan los problemas que plantean los datos que suministran estos estudios, entre otros, que no analizan la relación entre los cambios que experimenta el sistema de justicia y la percepción del riesgo. También se indica que el número de estudios sobre la relación entre la percepción de la severidad del castigo y el comportamiento delictivo es inferior al número de estudios relativos a la certeza y, en general, muestran una relación negativa más endeble. Ello, sumado a los resultados de los estudios que analizan la relación entre las tasas de delincuencia y determinadas variables relacionadas con la certeza o la severidad, comporta una asociación más endeble de la severidad frente a la certeza. En relación con los estudios sobre la relación entre la percepción del castigo y el comportamiento delictivo, también se destaca que revelan la importancia de los controles y sanciones informales y su interdependencia con las respuestas formales.

⁶¹ A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 11-15, 25-31, 45 y 47

⁶² A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 33-37, 46.

hipótesis de que el incremento de la certeza del castigo incrementa su eficacia disuasoria (disuasión marginal respecto de la certeza del castigo). La evidencia sobre los efectos de la severidad es menos impresionante; los estudios no muestran correlaciones negativas significativas y constantes (*significant and consistent negative associations*) entre los niveles de severidad (como la probabilidad de ser encarcelado y la duración de la pena de prisión) y las tasas de delincuencia. Pero sus resultados, y consideraciones relacionadas con la elección racional, sugieren que la gravedad de las posibles penas es relevante, por lo menos para los potenciales delincuentes que las conocen, para los que consideran que existe una probabilidad significativa de ser detenidos (*apprehended*), y para quienes están dispuestos a decidir valorando la severidad del castigo y el beneficio asociado a la comisión del delito. Lo que ya no está claro es qué intensidad ha de tener el incremento de la severidad para producir una reducción significativa de la delincuencia. Un incremento pequeño puede tener poca importancia desde la perspectiva utilitarista de los potenciales delincuentes. Un gran incremento puede tener repercusión, pero ésta y su intensidad dependerán de los umbrales. Y también deben valorarse las consecuencias relacionadas con el escalonamiento de las penas previstas según la gravedad del delito. El carácter limitado e incierto de los efectos de la severidad se asocia con (a) el hecho de que parece más fácil que el potencial delincuente obtenga información sobre los cambios relacionados con la certeza del castigo que sobre los relativos a su severidad, destacándose la escasa visibilidad de los cambios en la severidad derivados de modificaciones en la jurisprudencia; (b) el hecho de que el incremento de la severidad del castigo es un suceso futuro y contingente (depende de que el delincuente sea descubierto y condenado), y existe una tendencia a descontar los costes futuros y contingentes, que se incrementa por el hecho de que los potenciales delincuentes están más orientados a satisfacciones inmediatas; (c) y con la existencia de umbrales, por encima y por debajo de los cuales una modificación de la pena ya no produce efectos disuasorios porque no altera el coste que ella representa, lo que supone que un incremento de la severidad de las penas puede ser poco eficaz cuando supera el umbral de la mayoría de los potenciales delincuentes susceptibles de ser disuadidos y los que quedan están poco dispuestos a que la amenaza les influya. Los costes futuros y contingentes se tendrán más en cuenta si su magnitud es suficientemente grande y, además, aumenta la probabilidad de que se produzcan. Por lo tanto, el incremento de la severidad puede tener un impacto disuasorio si se acompaña de un incremento de las probabilidades de que se produzca la condena, lo cual no parece fácil⁶³.

3. Según Daniel S. NAGIN, los trabajos realizados hasta los años 90 del siglo XX pueden agruparse en tres categorías: estudios experimentales o cuasi experi-

⁶³ A. von HIRSCH *et aliter* (n. 6), pp. 46 a 48.

mentales, estudios agregados y estudios sobre los aspectos de la disuasión relacionados con la percepción.⁶⁴

Los estudios experimentales y cuasi experimentales bien realizados son los que proporcionan las evidencias más convincentes sobre las circunstancias en las que la disuasión es efectiva. Los realizados hasta finales del siglo XX —que según aquel autor resisten el paso del tiempo— examinan las consecuencias de determinadas políticas, como intervenciones policiales (p. ej. relacionadas con actos de violencia doméstica, desordenes públicos o el tráfico de drogas) que incrementan la certeza del castigo, o cambios en la regulación legal de las penas que incrementan su severidad, p. ej. respecto a la conducción bajo la influencia del alcohol.⁶⁵ Se detectó que, en general, tales actuaciones producían un efecto disuasorio inicial que empezaba a decaer mientras aquéllas se mantenían. Pero, en relación con el incremento de la severidad de las condenas la evidencia de la eficacia inicial era menos consistente que en los estudios relativos a intervenciones que incrementaban la certeza de la detención.⁶⁶ Daniel S. NAGIN extrae las siguientes lecciones de aquellos estudios: a) la identificación de un efecto inicial generalmente más consistente en las intervenciones relacionadas con la detención, frente a las referidas a la severidad, proporciona más evidencias en apoyo de la tesis de que la certeza de la detención produce una mayor disuasión que la severidad de las consecuencias legales, teniendo aquí en cuenta que el efecto disuasorio que pueda producir el incremento de la severidad puede quedar neutralizado por una reducción de la certeza, derivada de que los jueces y el resto de los agentes del sistema de justicia limitan la posibilidad de su aplicación, por considerar que la severidad es excesiva; el posible efecto disuasorio de un aumento de la severidad puede neutralizarse con una reducción de la certeza, lo cual indicaría las dificultades de la aplicación de penas que se consideran injustas, y que la severidad y la certeza no actúan de forma independiente, sino que interactúan; b) la disuasión es un fenómeno que depende de la percepción, y disminuye cuando los potenciales delincuen-

⁶⁴ Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 18 ss.

⁶⁵ Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 19-20. Ver también Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON (n. 10), pp. 76-77; estos autores extraen las siguientes conclusiones de los estudios sobre el incremento de la severidad o la certeza del castigo a través de prácticas policiales o cambios legislativos: parece producirse un efecto disuasorio real de corta duración, que tiende a decaer; muchas intervenciones no producen ningún efecto o producen efectos modestos, o éstos son distintos según el contexto (p. ej. según el lugar o los vínculos sociales); en algunos casos (como la introducción de la pena de muerte) tienen un “efecto embrutecedor”: la delincuencia aumenta. Y aquel descenso de la eficacia disuasoria sugiere que la gente vuelve a delinquir cuando advierte que pueden evitar ser detectados, que cuando la publicidad sobre los cambios remite ya no piensan más en ella, y que los factores que favorecen la delincuencia vuelven a primar.

⁶⁶ Ver también A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), p. 14, con referencias al estudio de H. Laurence Ross sobre los efectos de la legislación relativa a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y que consideraba que las evidencias sobre el incremento de la eficacia disuasoria del incremento de la certeza del castigo era superior al derivado del incremento de la severidad; A. von HIRSCH *et alter* también destacan (p. 15) que el descenso de la eficacia disuasoria se detectaba más en los estudios cuasi experimentales sobre la certeza que en los estudios sobre la severidad del castigo.

tes consideran que sobreestimaron la certeza del castigo; el descenso de la disuasión inicial también podría ser una reacción de la aversión a la ambigüedad: la disuasión inicial sería la respuesta a la percepción de incertidumbre sobre el riesgo real; todo lo anterior comporta que los cambios sólo podrán modificar el comportamiento si alteran la percepción, que no es necesariamente estable.

Generalmente, los estudios agregados realizados hasta finales del siglo XX analizan la correlación entre las tasas de criminalidad de distintos lugares y el grado de certeza o severidad del castigo, que miden atendiendo a los ingresos que se producen por cada delito y la duración del tiempo de cumplimiento, respectivamente, si bien algunos estudios toman también en consideración otras variables. Por lo general encuentran correlaciones negativas y significativas (*negative and significant associations*) entre la tasa de delincuencia y la variable asociada a la certeza de la pena. Por el contrario, la correlación entre el tiempo de cumplimiento y la tasa de delincuencia generalmente es insignificante. Pero Daniel S. NAGIN considera que estos estudios —y también los estudios agregados realizados posteriormente— no permiten extraer conclusiones sobre los efectos de la prevención intimidatoria, principalmente, porque no distinguen entre tales efectos y los de la incapacitación, y tampoco distinguen entre la causa y el efecto.⁶⁷

A mediados de los años 90 del siglo XX apareció una segunda generación de estudios agregados sobre la correlación entre encarcelamiento y delincuencia, que Daniel S. NAGIN distingue de los estudios que analizan la eficacia preventiva de los distintos modelos de actuación policial (una cuestión relacionada con la certeza del castigo) y de los estudios experimentales o cuasi experimentales.⁶⁸ La segunda generación de estudios agregados sobre la correlación entre encarcelamiento y delincuencia incorpora un componente longitudinal que analiza los datos a lo largo de distintos lugares y del tiempo. Además, no intenta determinar separadamente los efectos de la certeza y de la severidad, sino que examina la correlación entre tasas de criminalidad y tasas de encarcelamiento, calculadas en función del número de presos per cápita. Estos estudios encuentran una asociación (correlación) estadística negativa significativa entre la tasa de encarcelamiento y la de criminalidad, que indicaría un efecto preventivo del encarcelamiento, pero la medida de ese efecto varía considerablemente en los distintos estudios realizados, alguno de los cuales incluso niega tal efecto.⁶⁹ A las objeciones sobre la utilidad de este tipo de estudios nos hemos referido ya.⁷⁰ Basta aquí con indicar que, si bien es cierto que las tasas

⁶⁷ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 22-23.

⁶⁸ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 27-33.

⁶⁹ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 27 ss, que basa sus conclusiones en la revisión de seis estudios. Ver también Steven N. DURLAUF / Daniel. S. NAGIN (n. 21), pp. 47 y ss

⁷⁰ Ver también Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 28 ss., Una de las objeciones realizadas a este tipo de estudios es la de que miden el efecto combinado de la disuasión y la incapacitación en relación con las tasas de delitos. Más importante se considera la objeción relativa a la dificultad de distinguir causas y efectos. Sobre los problemas metodológicos y los resultados de este tipo de estudios ver también, p. ej. Steven N.

de encarcelamiento pueden depender del grado de certeza y severidad de la pena, y su efecto preventivo está relacionado con la evolución de las tasas de criminalidad, es muy difícil extraer conclusiones sólidas de tales relaciones.

Al analizar los pocos estudios que evalúan las políticas de endurecimiento de las condenas (*sentence enhancements*)⁷¹, Daniel S. NAGIN empieza haciendo referencia a los que analizaron el impacto disuasorio del endurecimiento de las condenas para los delitos realizados con armas⁷², y los que examinaron el impacto disuasorio de reformas legislativas relacionadas con la imposición de penas muy graves al cometer el tercer delito (*“three strikes and you’re out”*) y pusieron de relieve una disminución de la delincuencia que vincularon a la disuasión, que aumenta progresivamente como consecuencia, también, de los efectos de incapacitación.⁷³ La heterogeneidad de la eficacia disuasoria de la amenaza de encarcelamiento se desprende también de otros estudios. Daniel S. NAGIN menciona los relativos al uso de la prisión para conseguir el pago de la multa o el cumplimiento de las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena, que indican un efecto disuasorio significativo; un estudio relativo a la legislación de California sobre las consecuencias agravadas del tercer delito, que encontró un efecto disuasorio modesto; los estudios sobre el efecto disuasorio del endurecimiento de las condenas por la comisión de delitos cometidos con armas, que no encontró ningún efecto disuasorio; y un estudio sobre la amenaza de encarcelamiento derivada del contraste entre la legislación aplicable antes y después de cumplir 18 años, y que no encontró ningún efecto disuasorio.⁷⁴ Según Daniel S. NAGIN, el

DURLAUF / Daniel S. NAGIN (n. 21), pp. 50-57; Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 800-803; Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON (n. 10), pp.77 y ss, Ver también Antonio GARCÍA-PABLOS de MOLINA (n. 30), pp. 992 y 996, señalando también que los autores (especialmente los norteamericanos) no siempre distinguen con rigor la prevención general de la especial.

⁷¹ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 33 y ss. Ver también Steven N. DURLAUF / Daniel S. NAGIN (n. 21), pp. 58-61; estos autores destacan (pp. 61 y 83) que la mayoría de estudios sobre la duración de las condenas se refieren a supuestos en los que se incrementa la duración de condenas que ya previamente eran largas, y echan de menos estudios sobre la probable relación no lineal entre severidad y disuasión; también se destaca que en los países de Europa occidental las condenas son más cortas, y debería ser una prioridad analizar con los datos de aquellos países el efecto disuasorio de penas cortas.

⁷² Por lo general, los estudios que examinaron si el endurecimiento de las condenas por usar armas en la comisión de otros delitos disuadían de su uso no proporcionaron evidencias sobre su efecto disuasorio, pero estos estudios no pueden extrapolarse para comprender la relación entre disuasión y severidad, porque esos mismos estudios indican que no hubo un incremento de condenas y ello podría suponer que los delincuentes no reaccionaron porque los incentivos reales no habían cambiado, lo cual estaría relacionado con una aplicación muy inconsistente de la legislación que ordena imponer una determinada pena mínima.

⁷³ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 34-35. Pero los resultados de aquellos estudios han sido cuestionados por otros que indican que la disminución de la tasa de delincuencia se produjo antes de entrar en vigor la reforma legislativa y se mantuvo durante su vigencia, y otros estudios muestran resultados más modestos.

⁷⁴ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 35 y ss. En relación con el endurecimiento de la legislación aplicable al cumplir los 18 años, Nagin reconoce (*op. cit.*, p. 37 nota 6) que el resultado de los estudios no es uniforme. En cuanto al efecto disuasorio de la legislación de California relativa al “three strikes”, los autores del estudio consideraron que el beneficio derivado de su eficacia preventiva era mucho menor que el coste que suponía el encarcelamiento de los penados y que, por lo tanto, desde el punto de vista del análisis de costes y beneficios aquella legislación no estaba justificada. Ver también Ramón RAGUÉS / M^a Teresa

estudio que muestra que la amenaza inminente de encarcelamiento, aunque sea por un periodo corto de tiempo, es un poderoso incentivo para el pago de la multa, avala la conclusión de que la certeza del castigo tiene un efecto disuasorio superior al de la severidad, pues lo que se produce en estos casos es una elevada certeza del encarcelamiento en caso de impago, una certeza que ha de ir referida a una consecuencia desagradable pero que no tiene que ser necesariamente draconiana. Y la misma estrategia de disuasión a través de sanciones ciertas pero no draconianas se habría aplicado en el “Proyecto *Hope*”, que reforzó el control del cumplimiento de las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena.⁷⁵ Ambos estudios muestran que una elevada certeza del castigo puede tener un efecto disuasorio en casos en los que la disuasión no fue efectiva para evitar el delito. Pero los estudios analizados también mostrarían que el efecto disuasorio de alargar penas que ya tienen una duración considerable es mínima o no existe.⁷⁶ Por el contrario, un incremento de penas cortas sí tiene un efecto disuasorio material en una población propensa a cometer delitos.⁷⁷ Así mismo, se destaca que los estudios analizados no se ocupan de dos aspectos esenciales relacionados con la disuasión: la eficacia de un régimen que prevé penas alternativas, y la forma en la que los delincuentes perciben las distintas sanciones que se prevén para la mayoría de delitos, una percepción que puede ser distinta, considerando algunos que es peor la cadena perpetua sin libertad condicional (*parole*) que la pena de muerte, o la suspensión de la ejecución de la pena con medidas de control que el cumplimiento de una pena corta de prisión.

No expondremos aquí el análisis que Daniel S. NAGIN realiza de la eficacia disuasoria de la *policía*, y de la repercusión de modificar el número de agentes y de los distintos modelos de actuación policial.⁷⁸ Nos limitaremos a indicar que ésta se relaciona con la certeza de la pena (el enjuiciamiento y castigo presupone la detección del delito y la identificación de los responsables), y el considerable aumento de la eficacia preventiva derivado del incremento del número de policías y de la vigilancia policial (la función de “centinela”, frente a otras actividades como la detención de los delincuentes o el esclarecimiento de los delitos ya cometidos) pondría de relieve que el incremento de la certeza de la pena tiene una eficacia preventiva superior al incremento de su severidad. En este sentido, Daniel S. NAGIN destaca que la eficacia preventiva del incremento

CASTIÑEIRA, “Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, núm. 14, 2004, pp. 59-85.

⁷⁵ Sobre los resultados de los estudios relativos a actuaciones orientadas al control y castigo de los delincuentes que cumplen penas en la comunidad, ver Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON (n. 10), pp. 86 y ss.

⁷⁶ Daniel S. NAGIN (n. 6), p. 39. Esta cuestión se vincula con la de la eficacia preventiva de las “*mandatory minimum sentences*”. Al respecto, ver también A. von HIRSCH *et alter* (n. 6), pp. 51-52.

⁷⁷ Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 39-40.

⁷⁸ Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 41 y ss. Sobre esta cuestión, ver también, p. ej., Steven N. DURLAUF / Daniel S. NAGIN (n. 21), pp. 62-71; Raymond PATERNOSTER (n. 8), pp. 789-800.

de la vigilancia policial es superior y preferible a la que cabe esperar del endurecimiento de las penas.

Finalmente, sobre la base de diversos estudios que analizan la relación entre la percepción del riesgo de sanción y el comportamiento (*perceptual deterrence*), Daniel S. NAGIN destaca que la eficacia disuasoria de la pena no depende tanto de su configuración real y de los cambios que pueda experimentar, como de la percepción que los ciudadanos tienen de ella y, más concretamente, del riesgo de ser sancionados. Pero mientras que el hallazgo de una correlación negativa entre el comportamiento delictivo y la percepción de la *certeza* de la sanción sí es consistente, no es tan consistente el hallazgo de la correlación entre el comportamiento delictivo y la percepción de la severidad de la sanción. Podría considerarse que ello refuerza la tesis sobre la mayor importancia de la certeza, y que no ha de ir necesariamente referida a penas draconianas.⁷⁹ Aquellos estudios también muestran la importancia que las sanciones informales asociadas a las penas (consecuencias asociadas al conocimiento público de la comisión del delito, como las consecuencias sociales, laborales, o la detención) tienen en relación con el efecto disuasorio de aquéllas, y la influencia que, por ello, tienen aquí la importancia que el sujeto otorga a tales consecuencias y otras circunstancias personales, como la existencia de condenas previas, que ya habrían desencadenado sanciones informales de carácter social o laboral, y que sólo podrían verse agravadas por la existencia de condenas posteriores.⁸⁰

En cualquier caso, la correlación entre la decisión de delinquir y la percepción del riesgo de sanción aconseja analizar qué factores o experiencias influyen sobre la percepción que los ciudadanos tienen de la pena (análisis de la percepción del riesgo de sanción), pues los cambios que puedan introducirse sólo podrán tener un efecto disuasorio en la medida en que influyan sobre la percepción del riesgo de la sanción.⁸¹

Algunos estudios sobre el conocimiento de las penas previstas por el Ordenamiento jurídico muestran que, en general, el conocimiento sobre el tipo de pena y la severidad relativa de las penas es bueno, pero otros indican que el conocimiento del nivel de las penas (de su límite máximo) es pobre, aunque hay diferencias entre quienes han sido encarcelados y quienes no lo han sido. A su vez, los estudios centrados en el conocimiento de las penas previstas para determinados delitos

⁷⁹ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 54-55, 64.

⁸⁰ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), p. 55.

⁸¹ Al respecto, Daniel S. NAGIN alude (n. 6, pp. 53 y ss) a los estudios sobre el conocimiento del régimen de sanciones y sobre los efectos de experiencias relacionadas con la detección o no del delito, y sobre la percepción del riesgo de detección y castigo en determinadas circunstancias. En relación con la relevancia que pueda otorgarse a los estudios sobre la correlación entre la percepción del riesgo y el comportamiento, se ha destacado que se apoyan en los datos que proporcionan estudiantes, que carecen de vínculos sólidos con la delincuencia. También se ha cuestionado la veracidad de los datos en los que se basan. Sin embargo, Nagin considera que estos estudios proporcionan datos relevantes para conocer el proceso de disuasión.

relevantes, como el uso de marihuana y la conducción bajo la influencia del alcohol, muestran un buen conocimiento, lo cual sugiere que el conocimiento es mejor en aquellos que tienen más necesidad de ello. Sin embargo, como señala Daniel S. NAGIN debe tenerse en cuenta que la mayoría no tiene intención de cometer los delitos a los que se refieren los estudios realizados, de modo que su desconocimiento dice poco sobre si quien tiene necesidad de ello conoce o no el régimen de sanciones.⁸² Los estudios sobre la eficacia de experiencias respecto a la detección o no del delito indican que la percepción del riesgo depende de la experiencia personal. Los no delincuentes y los delincuentes primarios tienen una percepción del riesgo de sanción superior a la de delincuentes experimentados, que irían aprendiendo que el riesgo es inferior de lo que pensaban. Otros estudios indican que los delincuentes con más detenciones tienen una percepción superior del riesgo, que puede proceder de la propia experiencia o de la de otros, y la magnitud de los cambios al respecto dependería del conocimiento previo, de modo que los individuos con un conocimiento previo superior tenderían a ajustarlo menos a la nueva información que quienes tenían un conocimiento previo inferior. Los estudios sobre la percepción del riesgo de detención y castigo en determinadas circunstancias tienen especial interés cuando se trata de circunstancias que pueden modificarse, como las sanciones oficiales o la presencia policial. También estos estudios muestran que el conocimiento de las penas es mejor en la población más vinculada a actividades ilegales. Los escasos estudios sobre la forma en que la presencia policial afecta a la percepción del riesgo de detección indican que aquélla es importante.⁸³

4. En un reciente y sugerente trabajo, partiendo de la ausencia de datos objetivos sobre una eventual modificación en la frecuencia de las conductas descritas en el art. 379 CP antes y después de la reforma de 2007, F. MIRO y Raquel BAUTISTA intentan evaluar su incidencia efectiva sobre el comportamiento de los conductores por medio de un estudio empírico, que ayude a arrojar luz sobre la importancia de las variables disuasorias, en general, y de la severidad del castigo, en particular, en el cumplimiento de las normas viales que se sancionaban por vía administrativa y ahora se castigan por vía penal. Se pretendía evaluar la eficacia de estas variables de la disuasión para motivar el cumplimiento responsable al volante, pero también, comprobar si, por el contrario, el cumplimiento de la ley en este contexto se relaciona en mayor medida con otras variables distintas como la influencia social o la legitimidad⁸⁴.

⁸² Daniel S. NAGIN (n. 6), p. 59.

⁸³ Ver Daniel S. NAGIN (n. 6), p. 63

⁸⁴ Ver Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO, “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2013, pp. 18 y ss; El estudio empírico consistió en formular una encuesta a 570 conductores

En relación con los resultados del estudio destacamos lo siguiente:

a) Un porcentaje alto de encuestados afirmó conocer las diferencias entre la infracción administrativa y la infracción penal, que había habido cambios, y que, tanto sobrepasar los límites de velocidad como la tasa de alcoholemia permitida, podía ser delito. Pero el conocimiento sobre los límites a partir de los cuales el legislador consideraba delito estas conductas era muy bajo.

b) De manera general la frecuencia de cumplimiento (informado) de ambas normas es alto, aunque presenta diferencias (más elevado respecto a las normas sobre el límite de alcoholemia)⁸⁵.

c) Los participantes realizaron valoraciones similares acerca de la *severidad percibida* de las sanciones aplicables, y la opinión general sobre la dureza de las sanciones fue que es media. Pero hay una tendencia a considerar más severas las previstas para el exceso de velocidad.⁸⁶

d) Las diferencias en cuanto a la *percepción de riesgo de ser detectado* no se refieren a la norma infringida, sino al agente detector (policía vs radares). La percepción del riesgo de ser detectado por la policía es bastante alta, superior en el caso de los radares. La percepción del riesgo de ser sancionado si son detectados es muy alta y no depende de la norma infringida.⁸⁷

e) Contrastando con lo que indican sobre el cumplimiento personal, según la percepción de los participantes la transgresión de los límites de velocidad por parte de la gente es bastante alta; el cumplimiento de la norma relativa al consumo de alcohol se considera superior.

f) La mayoría de los participantes opina que ambas conductas están bastante mal. En relación con la cuestión de en qué medida se consideran adecuados los límites de velocidad y alcoholemia establecidos en las normas hay diferencias: en general se considera bastante adecuado el límite de alcoholemia establecido, pero hay gran diversidad de opiniones en relación con los límites de velocidad. La mayoría considera que se debería permitir conducir más rápido, y una mayoría

españoles de ambos sexos, seleccionados de manera aleatoria, y procedentes de todas las comunidades autónomas de España, que tuvieran permiso de conducir y condujeran habitualmente. Como variables del estudio se incluyeron las pertenecientes a los siguientes bloques: 1) Cumplimiento informado de cada una de las normas abordadas, 2) conocimiento real y percibido de la legislación en materia de Tráfico y Seguridad vial, 3) desde una perspectiva de la prevención general y especial negativa del Derecho Penal, variables del Modelo de la Disuasión y 4) desde la perspectiva de la prevención general positiva del Derecho Penal, variables de Influencia Social y de Legitimidad. Las preguntas se referían a la conducción con exceso de velocidad o con un consumo de alcohol excesivo, que determinaban su consideración como conducta delictiva.

⁸⁵ Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), pp. 21-22 y 41. La experiencia con las sanciones es mínima y se analiza en p. 29.

⁸⁶ Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), pp. 24-25 y 41. Además, la comparación de casos atípicos revela que la percepción de que las sanciones son muy severas es normal cuando la norma transgredida es la de los límites de velocidad, pero esta opinión es poco común para el caso del exceso de alcoholemia, y sólo la presenta un 5,4%.

⁸⁷ Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), pp. 25-27 y 41.

muy amplia (87,4%) considera que el límite de alcoholemia es adecuado o debería ser más estricto.⁸⁸

g) En general, se muestra un elevado sentimiento de obligación hacia el cumplimiento de la ley.⁸⁹

En relación con los *análisis correlacionales* que examinan relaciones bivariadas entre el cumplimiento normativo y cada uno de los factores contemplados en el estudio, merecen destacarse los siguientes resultados⁹⁰:

a) En cuanto a los límites de *velocidad*, la percepción de severidad de las sanciones está relacionada con una mayor frecuencia de incumplimiento; cuanto más severo se percibe el castigo formal, mayor es el incumplimiento de la norma. La percepción respecto a la severidad de la sanción no parece determinar el cumplimiento de las normas, tal y como indica la baja magnitud del coeficiente de correlación. En cambio, la frecuencia de incumplimiento sí es menor cuanto mayor es la percepción del riesgo de ser detectado, de ser sancionado si se es detectado, y la probabilidad de sufrir un accidente si se conduce sobrepasando la velocidad.

b) En relación con los límites de *alcoholemia*, las únicas variables relacionadas significativamente con la transgresión del límite de alcoholemia son la percepción de severidad de las sanciones (también aquí el incumplimiento es más frecuente cuanto más duras se perciben) y la probabilidad percibida de tener un accidente si se incumple la norma.

c) El incumplimiento de los límites de velocidad se da más cuando se valora positivamente el comportamiento que la norma prohíbe, cuando se perciben como poco adecuados los límites de velocidad en ella establecidos, y cuando se presenta un bajo sentimiento de obligación hacia la obediencia de la ley y un bajo apoyo a la autoridad. También la norma sobre el límite de alcoholemia se cumple más en la medida en que se valora negativamente la conducta prohibida, y en la medida en que se posee un mayor sentimiento de obligación hacia la obediencia de la ley.⁹¹

Me parece que los datos analizados no son incompatibles con la afirmación de que el incremento de la severidad de las penas derivado de la reforma de 2007 ha podido incrementar la prevención general intimidatoria de las conductas sancionadas⁹², o con afirmar que la previsión de penas menos severas comportaría una reducción de su eficacia preventiva. A pesar de no ser quienes consideran más severas las sanciones, quienes más respetan las normas pueden considerar que, a diferencia de lo que sucedería si fueran más benévolas, la severidad actual de la penas es suficiente como para ser mayores los costes que los beneficios. La teoría

⁸⁸ Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), pp. 34-35 y 41

⁸⁹ Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), pp. 35 y 41

⁹⁰ Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), pp. 36 a 40 y 42.

⁹¹ Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), p. 40.

⁹² Nótese que este dato no aparece en el estudio. Consta que los encuestados cumplen las normas con bastante frecuencia, pero no consta si tras la reforma las cumplen más o menos frecuentemente que antes.

de la disuasión no afirma que cuanto mayor sea el castigo mayor será siempre la disuasión. Afirma que, si se dan determinadas condiciones y, sobre todo, un nivel significativo de certeza, el incremento de la severidad de la pena incrementará su eficacia preventiva.⁹³

5. Las conclusiones sobre las evidencias empíricas de la eficacia disuasoria de la pena que se recogen en los trabajos antes expuestos de A. von HIRSCH *et alter* y de Daniel S. NAGIN no difieren mucho de las que se recogen en otros trabajos recientes⁹⁴. Las diferencias se refieren, más bien, a las consecuencias que de tales evidencias extraen los diversos autores desde el punto de vista político criminal, al considerar también otras opciones, su eficacia y su eficiencia.⁹⁵

⁹³ Los propios autores del estudio hacen algunas observaciones sobre los resultados (Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO [n. 84], p. 37): La relación entre la percepción de severidad de la sanción e incumplimiento de la norma quizá tenga que ver más con la falta de legitimidad que asocian los infractores a las sanciones aplicables a algunos comportamientos, dado que hay una clara relación entre el incumplimiento de las normas analizadas y la valoración positiva de las conductas prohibidas. En parte, aquella relación podría atribuirse a una deficiencia en la operativización de las variables y a los indicadores empleados para su evaluación. En cualquier caso, el valor de ambas correlaciones es tan bajo que, siendo significativas por cuestiones de tamaño muestral, parecen indicar, más que una relación en sentido contrario al esperado, una escasa covariación entre las variables. Más adelante se indica (*op. cit.*, p. 44): “la interpretación más razonable que se puede hacer de estos resultados es que (...) los datos observados pueden ser más indicativos de un juicio de valor acerca de lo apropiadas o justas que les parecen las sanciones, en uno y otro caso. Esto podría suponer que lo que incide realmente en el cumplimiento, cuanto menos de forma claramente superior a como lo hace la severidad de las sanciones, es la legitimidad que en sentido moral se atribuye al hecho de sancionar o no esas conductas. Cuanto más ilegítimo le parezca a un sujeto la sanción asociada a una conducta más probable será su incumplimiento”. Sin embargo, en las conclusiones se afirma (*op. cit.*, p. 47): “Bien fuera por el desconocimiento generalizado que han mostrado de ambas normas los participantes del estudio, o bien por otros factores, la premisa de que el incremento de la severidad incidiría en el cumplimiento no sólo no estaba basada en premisas científicas sólidas sino que puede considerarse refutada”.

⁹⁴ Ver, p. ej., Philip J. COOK, “Research in criminal deterrence: Laying the groundwork for the second decade”, en *Crime and Justice: An annual review of research*, vol. 2, 1980, pp. 211-268; Robert APEL / Daniel S. NAGIN (n. 6), pp. 411-436; Anthony N. DOOB / Cheryl Marie WEBSTER, “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis”, en *Crime and Justice. A Review of Research*, Vol. 30, 2003, pp. 143-195; Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON (n. 10), pp. 74-98 (con referencias a los estudios sobre disuasión específica); ver también Anthony A. BRAGA / David L. WEISBURD, “The Effects of Focused Deterrence Strategies on Crime. A Systematic Review and Meta-Analysis of the Empirical Evidence”, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 49, 2012, pp. 323-358; Paul H. ROBINSON (n. 5), pp. 79-87. En la doctrina española, ver un completo análisis de la cuestión en Juanjo MEDINA ARIZA, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, 2011, pp. 47 y ss.; ver también Fernando MIRÓ LLINARES / Raquel BAUTISTA ORTUÑO (n. 84), pp. 6 ss; Santiago REDONDO ILLESCAS / Vicente GARRIDO GENOVÉS, *Principios de criminología*, 4. ed., 2013, pp. 479-483; Antonio GARCÍA-PABLOS de MOLINA (n. 30), pp. 987-996. Ver también Helmut KURY, “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?” (trad. de José Ulises Plasencia), en VVAA, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología*, 2011, pp. 283-312. En relación con la eficacia preventiva general de la cadena perpetua y las penas de prisión de larga duración, ver Antonio CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, 2011, pp. 46 y ss.

⁹⁵ Ver p. ej., Steven N. DURLAUF / Daniel. S. NAGIN (n. 21), pp. 43-44, 81 y ss; estos autores indican que la magnitud del efecto disuasorio depende críticamente de la forma específica de la política sancionadora. La escasa evidencia empírica de que el incremento de la severidad del castigo produce efectos disuasorios marginales sólidos comporta que los niveles actuales de severidad (y, en particular, las condenas

En 2008 Michael TONRY publicó un trabajo titulado “Aprendiendo de las limitaciones de la investigación sobre disuasión”, y que nos puede ayudar a resumir y extraer algunas conclusiones de todo lo dicho hasta aquí⁹⁶. Aquel autor señala que el conocimiento sobre los efectos disuasorios del sistema de justicia criminal no es muy distinto del que era 30 años atrás, cuando la Comisión de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos de América realizó su informe y concluyó que, a pesar de que la evidencia es poco clara, es posible que cambios marginales en los castigos tengan efectos disuasorios marginales⁹⁷. Si se convocara una Comisión similar, se discutirían algunos temas nuevos, como la percepción de la amenaza (*threat perception*), experimentos naturales y los efectos disuasorios de la legislación sobre la llevanza de armas ocultas. En relación con la disuasión marginal se plantearía si existe un soporte más sólido sobre su existencia respecto a determinados delitos en determinadas circunstancias pero, desde el punto de vista práctico, se concluiría que cabe esperar pocos cambios de política criminal para conseguir tales efectos. Para los políticos, la cuestión principal es si resulta razonable esperar que un aumento marginal de las penas reduzca las tasas de delincuencia. Desde un punto de vista de política criminal práctica, la cuestión principal es si los cambios marginales realizados en las penas tienen un efecto disuasorio mensurable. Las revisiones de la investigación sobre disuasión han llegado a conclusiones similares a las alcanzadas en 1978, en el sentido de que ninguna evidencia creíble demuestra, con carácter general, que aumentando las penas pueda confiarse en producir efectos disuasorios marginales. Sólo tres revisiones realizadas por economistas, y que no citan ni discuten los trabajos de quienes no lo son, llegan a la conclusión contraria de que el incremento de las penas disminuye las tasas de delincuencia mediante la disuasión, y lo hacen vinculando directamente los cambios del comportamiento con los que se producen en las sanciones, ignorando los distintos niveles y procesos que aquí intervienen, haciendo abstracción de los procesos sociales y los aspectos psicológicos de la delincuencia⁹⁸. Como apuntan diversos trabajos, en lugar de plantearse globalmente

largas de prisión que derivan de las de leyes que obligan a imponer una pena mínima como sucede con la legislación californiana del *Three strikes*) no puedan justificarse atendiendo a sus efectos disuasorios y, en definitiva, a sus costes y beneficios sociales y económicos. Por el contrario, sería posible reducir las tasas de delincuencia reforzando la vigilancia policial y de los condenados a los que se les ha suspendido la ejecución de la pena o se encuentran en libertad condicional (*parole and probations systems*); Michel TONRY “Less imprisonment is no doubt a good thing. More policing is not”, en *Criminology and Public Policy*, vol 10, 2011, pp. 137-149; Paul H. ROBINSON (n. 5), *passim*.

⁹⁶ Ver Michael TONRY, “Learning from the limitations of deterrence research”, en *Crime and Justice. A Review of Research*, vol. 37, núm. 1, 2008, pp. 279-311.

⁹⁷ Michael TONRY (n. 96), pp. 279, 292 y ss.

⁹⁸ Concretamente, Tonry alude a los siguientes trabajos: Donald. E. LEWIS, “The general deterrent effect of longer sentences” en *British Journal of Criminology*, núm. 26, 1986, pp. 47-62; Steven D. LEVITT, “Deterrence” en James Q. WILSON / Joan PETERSILIA (eds.), *Crime: Public policies for crime control*, 2002; y Steven D. LEVITT / George MILES, “Empirical study of criminal punishment”, en A. Mitchell POLINSKY / Steven SHAPELL *Handbook of law and economics*, vol. 1, 2007.

si los cambios en las penas producen cambios en el comportamiento delictivo es necesario concretar y delimitar la cuestión de forma más precisa. Los estudios económicos y econométricos sobre los efectos disuasorios que utilizan datos agregados no pueden proporcionar una comprensión útil del efecto disuasorio de la pena. Se sitúan en un nivel de análisis incapaz de tomar en consideración las rarezas relacionadas con la aplicación de la legislación, la influencia de las distintas situaciones y circunstancias en la formación de la decisión de delinquir, o la percepción que el delincuente tiene del riesgo. Por el contrario, puede avanzarse en el conocimiento de la decisión de delinquir si se toman en consideración las características de los delincuentes (como sus valores y capacidad de autocontrol), su relación con terceros, y el control social informal que se produce en determinados contextos. Sólo un análisis más matizado del comportamiento y de las relaciones sociales, como cuestiones relacionadas pero distintas de la propia regulación legal y de su aplicación por parte del sistema de justicia criminal, pueden mejorar la comprensión sobre la repercusión que los cambios que se producen en estos niveles producen en el comportamiento delictivo. Tan sorprendente resulta la escasa evidencia creíble de que el comportamiento criminal se ve afectado por los cambios de la política criminal, como el hecho de que los políticos sigan creyendo que los cambios que se produzcan en aquel ámbito repercuten de forma significativa en el comportamiento y las investigaciones continúen intentando comprobar sus efectos preventivos. Sólo los economistas parecen afirmar regularmente, sin que parezca que han consultado los trabajos de quienes no lo son, que las investigaciones demostrarán que la modificación de las penas produce, en general, un efecto significativo en el modelo y las tasas de delincuencia. Como se acaba de indicar, lo decisivo es el estudio y la consideración de las circunstancias en las que se producen los comportamientos a los que se refieren los cambios en la severidad o la certeza de las penas, las circunstancias en las que se plantea la aplicación de aquellos cambios, y la percepción que los potenciales delincuentes tengan de la amenaza de la pena. El análisis de las consecuencias debe tomar en consideración las normas sociales, el contexto social y las características de los potenciales delincuentes, así como el contexto en el que se pretende que se apliquen los cambios y la posibilidad de que ello no sea posible. Está claro que, en determinados ámbitos, los cambios en la certeza y la severidad de la pena sí repercutirán en el comportamiento de sus destinatarios debido a la amenaza que la pena despliega⁹⁹. Michael TONRY menciona los delitos instrumentales deliberados (*calculated instrumental crimes*) como la evasión de impuestos, o medidas relacionadas con el aparcamiento y límites de velocidad¹⁰⁰. El efecto disuasorio de

⁹⁹ Ver también Steven N. DURLAUF / Daniel. S. NAGIN (n. 21), pp. 43-44, 83, 85-86, destacando la importancia de conocer mejor las circunstancias en las que la severidad puede ser un factor disuasorio.

¹⁰⁰ Michael TONRY (n. 96), pp. 281-282, 305.

la pena y las consecuencias del incremento de su severidad dependerán, en definitiva, de las circunstancias en las que se plantee la posibilidad de cometer el delito. De ellas dependerá que se pueda considerar seguro, se pueda descartar, o se pueda considerar más o menos probable, porque “si los individuos cometen o no delitos viene determinado por una mezcla de factores personales, situacionales, sociales y organizativos, además de la amenaza del Derecho penal”¹⁰¹. Creo que Iñigo ORTIZ DE URBINA expresa una idea similar cuando afirma: “El enfoque de la elección racional ha sido en ocasiones comparado con un esqueleto, una base para la elaboración teórica que ha de ser completado con el músculo proveniente de otras teorías más específicas. Sin embargo, esta visión y el consiguiente consejo de colaboración con otras teorías o disciplinas ha venido hasta tiempo reciente siendo desoído por el análisis económico del delito mayoritario, que suele mostrarse poco interesado por la colaboración interdisciplinar. Pero que algo no se haga habitualmente, no implica que no pueda hacerse”¹⁰². Más adelante, citando a Neal SHOVER y Andy HOCHSTETLER (*Choosing white collar crime*, 2006), Iñigo ORTIZ DE URBINA también destaca la paradoja de que el refinamiento experimentado por el enfoque de la elección racional en criminología se haya detenido, precisamente, a las puertas del delito de cuello blanco y, desde las filas del pensamiento conservador, la tendencia a negar la influencia estructural y a preferir explicaciones volitivas de corte individual del delito se olvide por completo a la hora de analizar este sector de la delincuencia¹⁰³.

IV. CONSECUENCIAS PARA LA DECISIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1. En la medida en que (a) la amenaza de la pena puede producir (y produce) un efecto intimidatorio que, a su vez, puede producir (y produce) un efecto preventivo general, (b) la severidad de la pena es una de las variables de las que puede depender su capacidad intimidatoria, y (c) la suspensión de su ejecución disminuye su severidad, tal disminución puede disminuir (y disminuye) la capacidad intimidatoria de la amenaza de la pena y, de este modo, la posibilidad de que se produzca así un efecto preventivo general. En efecto, por sus características y las circunstan-

¹⁰¹ Michael TONRY (n. 96), p. 291.

¹⁰² Iñigo ORTIZ DE URBINA (n. 30), pp. 135-136. Este autor añade que “resulta oportuno plantearse los réditos de la aplicación del análisis que se viene haciendo de conocimientos relativos a aquella parte de la teorización criminológica que más se parece al objeto del Derecho penal económico, la delincuencia de cuello blanco”. Ver también Iñigo ORTIZ DE URBINA (n. 13), pp. 51 y ss. Indicando que lo irreductible en él es la comprensión del delito como elección, y que la integración de aspectos psicológicos y sociológicos del comportamiento criminal en el modelo estándar de análisis económico del delito mejoraría su poder explicativo, ver Steven N. DURLAUF / Daniel. S. NAGIN (n. 21), pp. 44-45, 71-75, 84.

¹⁰³ Iñigo ORTIZ DE URBINA (n. 30), p. 141 y nota 61. Ver también Esther MORON LERMA, “El perfil criminológico del delincuente económico”, en Mercedes GARCÍA ARAN (dir), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, 2014, pp. 39 y ss, especialmente, pp. 49-52.

cias en las que se plantea esta posibilidad, la suspensión de la ejecución de la pena comporta una disminución de su severidad que, a su vez, produce una disminución de la capacidad intimidatoria de la amenaza de la pena que, a su vez, también implica una disminución de su eficacia preventiva general.

La *intensidad* de la disminución de la eficacia preventiva general intimidatoria de la pena, derivada de la disminución de la severidad que comporta la suspensión de su ejecución, dependerá de la disminución que experimente el número de potenciales delincuentes que conocen tal disminución, la toman en consideración, deciden actuar atendiendo a los costes y beneficios de su comportamiento, y consideran que los costes asociados a la comisión del delito son superiores a los beneficios. Como pasamos a exponer más detenidamente, teniendo en cuenta todo lo dicho hasta aquí, las características de un sector importante de la delincuencia, las de la disminución de la severidad de la pena que comporta la suspensión de su ejecución, y las circunstancias en las que se plantea tal posibilidad, es razonable afirmar que la disminución de la eficacia preventiva general intimidatoria de la pena no es insignificante.

2. Ya hemos visto que la amenaza de la pena no siempre producirá un efecto intimidatorio que, a su vez, produzca un efecto preventivo general. Y por eso puede afirmarse que, desde este punto de vista, la disminución de la severidad de la pena que estamos considerando sólo tendrá consecuencias en la medida en que la amenaza produzca, efectivamente, un efecto intimidatorio que, a su vez, pudiera determinar un efecto preventivo general, por ser mayores los costes que los beneficios y estar el sujeto dispuesto a actuar atendiendo a esta circunstancia.

También hemos hecho referencia a las circunstancias que pueden impedir o dificultar que los potenciales delincuentes conozcan la amenaza de la pena, la tomen en consideración y decidan actuar atendiendo a los costes y beneficios de su comportamiento. Pero nadie discute que *es perfectamente posible que los potenciales delincuentes conozcan, por lo menos de forma aproximada, la amenaza de la pena y la tomen en consideración*. Me parece que así sucede en un número no insignificante de supuestos en los que un ciudadano se plantea la comisión del delito, que son los casos que nos interesan ahora. Y hemos de considerar que así lo creen también todos aquellos que atribuyen alguna relevancia a la prevención general intimidatoria entre las funciones de la pena¹⁰⁴.

Ya de forma más específica, diversos autores indican que el modelo del delin-

¹⁰⁴ Entre ellos no faltan quienes consideran que el límite relativo a la duración de las penas cuya ejecución puede suspenderse se fundamenta, precisamente, en las limitaciones que la función de prevención general impone a la de prevención especial. Ver, p. ej., S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General* (n. 2), 2011, p. 44; Jesús BARQUÍN SANZ / Juan de Dios LUNA DEL CASTILLO, “Aplicación práctica de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad: Una aproximación estadística”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 10, 2013, pp. 428-429.

cuenta racional que sirve de base a la teoría de la prevención general intimidatoria no será infrecuente en un sector importante de la *delincuencia económica*, en el que, además, suele ser poco probable el descubrimiento y la condena de los culpables y, en el caso de producirse, ello tendrá lugar mucho después del momento de la comisión de los hechos, y en unas condiciones que —debido a las dilaciones “indebidas” o a otros factores como la reparación del daño y la conformidad con el escrito de acusación que finalmente ha podido llegar a formularse— comportarán la imposición de penas privativas de libertad no superiores a dos años, respecto de las cuales se planteará la posibilidad de suspender su ejecución¹⁰⁵. Refiriéndose al ámbito del Derecho penal económico y, en particular, a los supuestos en los que el delincuente es una persona con buena consideración social (merecida o no), Iñigo ORTIZ DE URBINA ha destacado recientemente la baja o bajísima probabilidad de sanción que les caracteriza, y su tortugueante “velocidad” de tránsito por juzgados y tribunales, circunstancias que hacen extremadamente negativo el pronóstico relativo al éxito de la disuasión. Por ello la tentación está en compensar la baja probabilidad y la lentitud de la sanción, operando sobre la variable de la severidad, lo cual, en aquellas circunstancias, no parece indicado en términos estrictamente disuasorios, siendo más aconsejable incrementar la probabilidad de detección y la rapidez en la tramitación del proceso, pero sin diluir el efecto preventivo mediante la previsión de penas muy bajas. Pero lo que aquí nos interesa destacar es que todo ello presupone que el responsable de aquel tipo de delitos puede ser un sujeto como el que la teoría de la prevención general intimidatoria toma de referencia. En este sentido, afirma Iñigo ORTIZ DE URBINA que “la teoría de la elección racional, incluyendo la teoría de la disuasión, parecen hechas a medida (o a mejor medida) de este tipo de delincuencia” y que, de los tres “obstáculos” a la disuasión mencionados por Paul H. Robinson, la delincuencia económica “de cuello blanco” se ve mucho menos afectada por los dos primeros que la mayor parte del resto de la delincuencia¹⁰⁶. Más escéptico sobre la eficacia preventiva general de las penas de prisión en el ámbito de la delincuencia económi-

¹⁰⁵ Sobre los problemas procesales en la investigación de la delincuencia económica, ver Rafael REBOLLO VARGAS / Jordi CASAS HERVILLA, “El proceso penal y la investigación de la delincuencia económica”, en Mercedes GARCÍA ARAN (dir), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, 2014, pp. 336-358; estos autores destacan (*op. cit.*, p. 338) que las dilaciones pueden comportar una atenuante muy cualificada, que supondrá una rebaja de la pena “garantizándose de esa forma, a la vista de las penas asociadas a los delitos de los que estamos tratando, un fácil acceso a los beneficios de la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad”; más adelante, se destaca (*op. cit.*, pp. 344-345, 360-361) que “los efectos preventivo generales y especiales de las penas se hallarán íntimamente asociados no tanto a la imposición de las condenas como a su efectivo cumplimiento” y que la pena se verá también a menudo atenuada por la reparación del daño (art. 21.4) e, incluso, por la conformidad de los acusados con las peticiones de las acusaciones (aplicación por analogía de la atenuante del art. 21.7), lo cual, junto con la consideración de que la ejecución de la pena no es necesaria desde el punto de vista preventivo especial, favorece la concesión de la suspensión “con el consiguiente quebranto de los fines preventivo generales de la pena”.

¹⁰⁶ Iñigo ORTIZ DE URBINA (n. 30), pp. 139-141.

ca parece mostrarse, por ejemplo, Joan BAUCELLS¹⁰⁷, quien alude a la opinión de otros autores —como Miguel BAJO o Gonzalo QUINTERO— que manifestaron que las penas cortas de prisión sí tienen aquí eficacia preventiva general¹⁰⁸.

Algo similar creo que puede decirse en relación con los delitos contra la administración pública y algunos delitos relacionados con la administración de justicia. Y no creo que el delincuente racional —entendido esto en los términos que aquí interesan— pueda descartarse tampoco en delitos contra bienes jurídicos personales cometidos por profesionales o, incluso, por delincuentes ocasionales que están al corriente de los posibles costes del delito y los confrontan con los posibles beneficios.¹⁰⁹ Como hemos visto, la doctrina alude también a los autores de delitos contra la seguridad vial, sin que los resultados del estudio realizado por Fernando MIRÓ y Raquel BAUTISTA obliguen a afirmar que la severidad de las penas previstas para estos delitos carecen por completo de eficacia disuasoria, ni que las reformas que han experimentado han resultado totalmente irrelevantes desde esta perspectiva.¹¹⁰

Así mismo, parece razonable afirmar que un número significativo de potenciales autores de delitos a los que corresponde imponer penas privativas de libertad de hasta dos años, y respecto de los cuales es previsible que concurrirán los requisitos previstos en los aps. 1 y 2 del art. 80 CP, *también conocen y toman en consideración la posibilidad de que se suspenda la ejecución de la pena* e, incluso, confían justificadamente en que ello suceda¹¹¹. Al respecto, debe destacarse que la disminución de la severidad de la pena que la suspensión de su ejecución comporta es algo que, seguramente, resulta llamativo incluso a quienes no tienen intención de

¹⁰⁷ Joan BAUCELLS LLADÓS, “Sistema de penas para la delincuencia económica en derecho español”, en Mercedes GARCÍA ARAN (dir), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, 2014, pp. 402-405.

¹⁰⁸ Sobre la posición de la doctrina acerca de la conveniencia del recurso a la pena de prisión en el ámbito de la delincuencia económica, conveniencia que se suele vincular a su eficacia intimidatoria, ver, por todos, Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO, *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, 2013, pp. 146-153; este autor destaca que, pese al recurso masivo, en este ámbito, a la pena de prisión, normalmente concurrirán los requisitos que permiten plantear la oportunidad de la suspensión de su ejecución.

¹⁰⁹ Naturalmente, si la profesionalidad de estos delincuentes se refleja en la existencia de condenas previas, el art. 80 CP excluye la posibilidad de que se suspenda la ejecución de la pena.

¹¹⁰ Ver Antonio GARCÍA-PABLOS de MOLINA (n. 30), pp. 409, 969, 971 y 993, considerando que la imagen “racional” a ultranza del comportamiento tal vez sea válida para un sector de la criminalidad económico-patrimonial y en la delincuencia organizada, pero no es susceptible de generalización al resto de hechos punibles; Santiago REDONDO ILLESCAS / Vicente GARRIDO GENOVÉS (n. 94), pp. 479-483, señalando que es probable que quienes cometen delitos contra la propiedad o contra la seguridad vial, calculen más racionalmente los riesgos de su acción, que los que cometen delitos violentos o sexuales, y que también parecen calcular costes y beneficios de modo más racional los autores de delitos económicos y contra el medio ambiente, por lo menos desde el punto de vista de la certeza. Sobre algunas características de los condenados a los que se concede la suspensión de la ejecución y cómo actúa este mecanismo en España según la tipología delictiva, ver Jesús BARQUÍN SANZ / Juan de Dios LUNA DEL CASTILLO (n. 104), pp. 440-443.

¹¹¹ La cuestión de si ese conocimiento se refiere a una posibilidad más o menos elevada la trataremos después.

cometer ningún delito y, además, es muy fácil de entender y transmitir: te condenarán pero no entrarás en prisión. Los medios de comunicación asocian a menudo la imposición de penas de prisión de hasta dos años con la suspensión de su ejecución, sin aludir al resto de los requisitos previstos en el art. 80 CP para que ello sea *posible*. Y hay otros canales a través de los cuales se configura la percepción de la severidad de la pena, pudiendo ser igual o más relevante la información recibida de terceros, que no puede descartarse que sean profesionales del derecho a los que los potenciales delincuentes piden asesoramiento. Sólo en la medida en que se desconozca aquella posibilidad, o no sea tomada en consideración, habrá quedado neutralizada la posibilidad de que disminuyera la capacidad preventiva general de la amenaza de la pena.¹¹² Pero, cuando sí se conozca y sea tomada en consideración, el efecto preventivo general intimidatorio de la amenaza de la pena sólo se producirá en la medida en que sea capaz de generarla la percepción de la severidad asociada a su imposición, seguida de la suspensión de su ejecución, y las consecuencias informales que de ello puedan derivarse, por suponer todo ello la amenaza de unos costes superiores a los beneficios. Interesa, entonces, analizar los argumentos que permiten afirmar que aquella disminución de la severidad de la pena comporta, a su vez, una disminución de los supuestos en los que los costes asociados a la comisión del delito son superiores a los beneficios, o un incremento de los supuestos en los que los beneficios superan a los costes.

3. La eficacia preventiva general intimidatoria de la amenaza de la pena que los potenciales delincuentes conocen y toman en consideración depende, también, de que tal amenaza determine en ellos la percepción de que *los costes son mayores que los beneficios*. Por ello, como apuntábamos antes, procede analizar en qué medida la disminución de la severidad que comporta la suspensión de la ejecución de la pena puede influir en ese cálculo y, por ello, en la eficacia preventiva general intimidatoria de aquélla.¹¹³

Hemos visto que, en el proceso disuasorio, la severidad de la pena tiene una

¹¹² Como señalan Steven N. DURLAUF / Daniel. S. NAGIN (n. 21, p. 84) no es sorprendente que haya poca correspondencia entre la percepción y la realidad del riesgo de ser sancionado, entre otras cosas, porque el riesgo de ser sancionado y la severidad no se anuncian como la mayoría de precios del mercado y deben ser aprendidos por quienes se sientan inclinados por la comisión del delito a través de la propia experiencia o de la de terceros.

¹¹³ Para simplificar el análisis, prescindiremos de la posibilidad de que la suspensión de la ejecución de la pena comporte o pueda comportar la imposición de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas previstas en los arts. 83 y 84 CP. Y también prescindiremos de los supuestos en los que es posible suspender la ejecución de la pena, aunque no concurren los requisitos previstos en los arts. 80.1 y 2 CP, esto es, los casos previstos en los aps. 3, 4 y 5 del art. 80 CP. Prescindimos también de tomar en consideración el hecho de que, en relación con la posibilidad de que la suspensión de la ejecución se revoque, ésta supone incrementar su la certeza y celeridad. La amenaza de la imposición y ejecución de la pena impuesta es más grave que la amenaza de su imposición seguida de la suspensión y, además, incrementa su certeza y celeridad frente a la posibilidad de que tal cosa sucediera si la suspensión de la ejecución se revocara.

importancia menor que la que corresponde a la *certeza* y la *celeridad*¹¹⁴. Y que, tanto la severidad como una eventual modificación de esta variable, son irrelevantes (o muy poco relevantes) desde el punto de vista disuasorio si no van acompañadas de la percepción de que la probabilidad (y la celeridad) del castigo no es insignificante. Ello no se puede ignorar al valorar las consecuencias de una modificación de la severidad de la pena. Pero podemos partir aquí de que no determina que la disminución de la severidad de la pena que comporta la suspensión de su ejecución sea irrelevante. Al respecto, debe destacarse que, salvo excepciones, la suspensión de la ejecución de la pena sólo será posible cuando se trate de delincuentes primarios en el sentido de la condición primera del art. 80.2 CP y, en principio, quienes puedan merecer esta consideración tendrán, en el momento de plantearse la comisión del delito, una percepción de que la probabilidad y celeridad del castigo es mayor de lo que realmente es, y de la que puedan tener otros delincuentes. Siendo también relevante lo dicho antes sobre el principio de aversión a la pérdida, así como la ya apuntada relación que se produce a menudo entre la suspensión de la ejecución de la pena y la rebaja de la pena derivada de algunas atenuantes relacionadas con la celeridad del proceso penal, que no será despreciable cuando éste siga el cauce previsto para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en los arts. 795 y ss LECrim.

Prescindiendo de la interrelación entre las distintas variables de las que depende la gravedad de la pena, lo que nos interesa destacar ahora es que la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad de hasta dos años supone una disminución de la severidad de la pena que, por *sus características*, y las de un número significativo de los potenciales delincuentes respecto de los cuales pueda llegar a plantearse tal posibilidad, no es ni mucho menos insignificante desde el punto de vista de la prevención general intimidatoria. Por el contrario, en los casos en los que el sujeto conoce y toma en consideración la amenaza de la pena, las características de la disminución de la severidad que venimos considerando y las circunstancias en las que se plantea, permiten afirmar que comportará —frente a los supuestos en los que no cupiera la posibilidad de suspender la ejecución— una disminución nada despreciable de los supuestos en los que los potenciales delincuentes consideran que los beneficios asociados a la comisión del delito son superiores a los costes y, por ello, una disminución de la eficacia preventiva general intimidatoria de la pena.

La severidad de la pena no depende sólo de su duración. Depende, así mismo, de los derechos que se ven afectados y de la intensidad de su afectación. Y, desde el punto de vista de su percepción, la severidad de la pena no se incrementa (ni

¹¹⁴ Ello supone que la disminución de la eficacia preventiva general intimidatoria derivada de la suspensión de la ejecución de la pena podría contrarrestarse modificando las variables de la certeza y la celeridad, por ejemplo asociando la suspensión a la conformidad producida en el marco del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (cfr. art. 801 LECrim).

disminuye) de forma proporcional al incremento (o disminución) de su duración. La percepción de un incremento (o disminución) de la severidad depende de la duración previa de la pena que experimenta tal incremento (o disminución), y de su forma de cumplimiento. Es difícil o imposible que una disminución modesta de la severidad de penas extraordinariamente graves sea percibida o valorada por los potenciales delincuentes como una modificación relevante desde el punto de vista disuasorio. Pero no es este el caso de la disminución que estamos analizando aquí, que no comporta una disminución meramente cuantitativa de la severidad de la pena. Supone *un cambio modesto, pero importante por su carácter cualitativo*, y por lo que representa el ingreso en prisión para la inmensa mayoría de personas y, especialmente, para aquellos que no han tenido previamente ningún contacto directo con ella, como es razonable pensar que será frecuente en el caso de los delincuentes primarios¹¹⁵. Este dato también es relevante desde el punto de vista de las consecuencias sociales de carácter informal, que no necesariamente tendrán efectos criminógenos, y que normalmente serán distintas en el caso de que se ejecute la pena impuesta y cuando la ejecución se suspende.

Habrán potenciales delincuentes que consideren que una pena privativa de libertad de hasta dos años es muy grave aunque no llegue a ejecutarse, y otros que consideren que es una pena leve, sin que su ejecución suponga, en ningún caso, un incremento significativo. Ya sabemos que la eficacia disuasoria depende de aspectos subjetivos y existen umbrales por encima y por debajo de los cuales toda modificación es irrelevante. Pero lo relevante aquí es que, por las razones indicadas, podemos afirmar que la disminución de la severidad de la pena que comporta la suspensión de su ejecución será, para un número significativo de potenciales delincuentes, lo que determine que los beneficios son superiores a los costes, de modo que no sería esta la conclusión a la que llegarían si la imposición de la pena fuera seguida de su ejecución.

Finalmente, y sin perjuicio del ya indicado carácter subjetivo de la percepción y valoración del *beneficio* asociado a la comisión del delito, puede afirmarse que, en el caso de los delitos castigados con penas privativas de libertad de hasta dos años, normalmente aquél no se percibirá como un beneficio de extraordinaria importancia y, en cualquier caso, normalmente se considerará que su valor es inferior al coste que representa la imposición de una pena privativa de libertad seguida de su ejecución. Pero ese beneficio sí será lo suficientemente importante como para ser superior al coste que se

¹¹⁵ Refiriéndose al impacto emocional de las penas privativas de libertad para los delincuentes económicos, y a que las posibilidades de arraigo de conductas marginales como consecuencia de la experiencia carcelaria son aquí menores, ver Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO (n. 108), p. 149. Aunque no alude expresamente a su ejecución, también destaca la eficacia intimidatoria de las penas privativas de libertad de corta duración en la criminalidad de tráfico y contra la economía, pero también fuera de estos grupos, ver Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte General* (trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, la 3. ed, alemana, de 1978), 1981, t. II, p. 1066.

asocia a la comisión del delito cuando la severidad de la pena se ve disminuida por la suspensión de su ejecución.

4. No parece necesario insistir en que la eficacia preventiva general intimidatoria de la amenaza de la imposición y ejecución de penas privativas de libertad de hasta dos años depende muy significativamente de la *probabilidad* de que ésta última se haga efectiva tras la comisión del delito. La prevención general intimidatoria y su intensidad dependen de la probabilidad de que el delincuente sea detectado, identificado, procesado, condenado y, también, de la probabilidad de que se acuerde la ejecución de la pena impuesta. A su vez, esto último depende de los requisitos fijados por el legislador y de la interpretación que de ellos se haga. Por ello, en la medida en que se considere que la prevención general intimidatoria es una de las funciones de la pena, todo lo dicho hasta aquí obliga a revisar la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias venían haciendo de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, y a analizar las consecuencias que debe tener en el marco de la nueva regulación. No podemos detenernos ahora en los problemas que plantea la nueva regulación de los arts. 80 a 87 CP. Pero queremos destacar que la función de prevención general intimidatoria de la pena obliga a cuestionar que, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 80.2 CP, la ejecución de la pena impuesta se condicione a que “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el condenado de nuevos delitos”. Sobre la base de la concepción de la función de la pena que exponíamos sucintamente al principio de este ensayo, y del tenor literal del nuevo art. 80.1 CP, en otro trabajo hemos intentado justificar que la nueva regulación puede y debe interpretarse en el sentido de que la ejecución de la pena no exige la concurrencia de este último requisito.¹¹⁶ Lo dispuesto en el art. 80.1 CP, y la función preventiva especial a la que las penas privativas de libertad deben estar orientadas (art. 25.2 CE), obligan a tomar en consideración la posibilidad de que su ejecución produzca efectos criminógenos¹¹⁷. Como la ejecución de la

¹¹⁶ El legislador ya no indica que “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”. En principio, exige que la pena se ejecute cuando no sea razonable esperar que sin la ejecución se evite la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Pero, como decíamos, no exige que la ejecución de la pena se suspenda cuando sea razonable esperar que no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Lo que dice el legislador es que, para poder suspender la ejecución de la pena, deben concurrir los requisitos previstos en el art. 80.2 CP, que sea razonable esperar que aquélla no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos y que, al adoptar esta resolución se valorarán, entre otros datos, “las circunstancias del delito cometido” y “los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

¹¹⁷ Aunque está claro que los efectos desocializadores y los efectos criminógenos están relacionados pero no son lo mismo, y la generalización resulta discutible, al justificar el recurso de las penas de prisión en el ámbito de la delincuencia económica, como otros autores Joan BAUCCELLS LLADÓS señala (n. 107, pp. 401-402, 404) que las penas de cárcel no tienen aquí el efecto desocializador que llegan a tener para la delincuencia convencional, añadiendo que “el delincuente económico, pese a su ingreso en la cárcel, no sólo vivirá su estancia en mejores condiciones; no sólo deja de sufrir el peso estigmatizador del paso por la

pena sólo será legítima cuando no infrinja el principio de proporcionalidad y el saldo preventivo global que es razonable esperar de tal alternativa es el mejor de los posibles, en principio la ejecución de la pena deberá suspenderse cuando sea razonable esperar que produciría efectos criminógenos, y no es necesaria para evitar la comisión por el penado de futuros delitos. Cuando, (a) atendiendo a las circunstancias personales del penado, y a la flexibilidad de las condiciones de cumplimiento de la pena que derivan de la legislación penitenciaria, no quepa esperar que su ejecución produzca efectos criminógenos, y (b) aquélla no infrinja el principio de proporcionalidad¹¹⁸, tanto la función de prevención general intimidatoria de la pena —y la disminución de ésta que comporta la suspensión de su ejecución— como la función de prevención general positiva, justificarán que la pena se ejecute, aunque concurren los requisitos previstos en el art. 80.2 CP y “sea razonable esperar que la ejecución no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”. Esto último se tendrá en cuenta al determinar las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

La idea de que, respetando una pluralidad de límites garantísticos, la función preventiva general de la pena puede justificar el recurso a la misma, aunque ello no resulte necesario desde el punto de vista de la función de prevención especial, se

prisión; sino que mantiene intactas las capacidades económicas, formativas, laborales y de contactos sociales para integrarse después de la condena”.

Sobre la reincidencia de quienes cumplen penas privativas de libertad, frente a la de quienes cumplen lo que suele llamarse penas alternativas, ver José CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, 2009, pp. 32-33, 49 y ss; del mismo autor, “¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007, pp. 427-456; Carolina VILLACAMPA ESTIARTE / Núria TORRES ROSELL / M. Eulàlia LUQUE REINA, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*, 2006, *passim*. Ver también M^a Ángeles RUEDA MARTÍN, *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?*, 2007, *passim*. Sin perjuicio de las diferencias entre las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad en España y en Estados Unidos de América, y de la relevancia que pueda tener aquí la duración de la pena, ver Cheryl Lero JONSON, *The Impact of Imprisonment on Reoffending: A Meta-Analysis*, 2010 (disponible en https://etd.ohiolink.edu/etd.send_file?accession=ucin1285687754&disposition=inline), *passim*. Sobre los efectos criminógenos del encarcelamiento, ver también las sugerentes consideraciones que realizan Steven N. DURLAUF / Daniel. S. NAGIN (n. 21), pp. 76-81; estos autores destacan que el hecho de haber cumplido previamente otras penas de prisión puede ser una de las variables de las que depende el efecto disuasorio de un incremento de la severidad de las penas, y también apuntan la necesidad de tomar en consideración la posibilidad de que la ejecución de la prisión tenga efectos criminógenos y una de las consecuencias del alargamiento de las condenas sea el incremento de las tasas de reincidencia, hasta el punto de que ésta podría ser una de las explicaciones de que el efecto disuasorio del incremento de la severidad sea inferior al incremento de la certeza. Ver también Francis T. CULLEN / Cheryl Lero JONSON (n. 10), pp. 92-97; Raymond PATERNOSTER (n. 8), p. 820, indicando que el hecho de que las condenas a prisión o condenas largas de prisión no disuadan —y puedan aumentar ligeramente el riesgo de reincidencia— es coherente con una concepción de la delincuencia como decisión racional, pues si bien es posible enviar un mensaje disuasorio a los potenciales delincuentes en el sentido de que el castigo es creíble y severo, a largo plazo dificulta el desistimiento de quienes han sido encarcelados.

¹¹⁸ Sin perjuicio de los matices que puedan venir justificados por las circunstancias especiales de cada caso, y de la necesidad de tomar en consideración la relevancia que se les haya otorgado ya al determinar la duración de la pena, el principio de proporcionalidad sólo excluirá la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta un año de duración.

acepta, con carácter general, por un amplio sector de la doctrina, por lo menos cuando no concurren los requisitos previstos en los arts. 80 a 87 CP¹¹⁹. Pero, como apuntábamos antes, en relación con determinados ámbitos —y, más concretamente, en relación con los delitos económicos cometidos por quienes pertenecen a las capas medias y altas del sistema—, algunos autores, como Gonzalo QUINTERO, afirmaron que los argumentos contra las penas cortas de prisión no tenían aquí sentido, y se pronunciaron a favor de su mantenimiento y de suprimir o reducir los sustitutivos de estas penas¹²⁰. En un sentido similar, al ocuparse de la función del Derecho penal frente a la delincuencia económica, Miguel BAJO afirmaba que ésta “puede aportar un importante argumento en la eterna disputa entre preventivistas y retribucionistas. (...) [C]omo ya ha puesto de relieve la sociología criminal, la delincuencia se distribuye por igual en todas las clases sociales. Ahora bien, en la medida en que los componentes de las clases superiores no son susceptibles de rehabilitación, readaptación social y reeducación, resulta que en el caso, poco común hasta ahora, de quedar sometidos al peso de la Ley penal, no se podría cumplir el fin esencial de la pena, con lo que la lógica de toda esta concepción conduce a excluir de tal castigo al delincuente económico. (...) [E]s necesario, en primer lugar, tener confianza en la eficacia del Derecho penal (...), la Ley penal deja caer su rigor cada vez en mayor número de casos sobre la delincuencia económica. De otra parte es necesario mantener una concepción retributiva de la pena que impida que, al socaire de la idea de prevención, el delincuente económico se beneficie (y sólo él) de los sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad (condena condicional), de la libertad condicional ya que es él quien mejor ofrece garantías de hacer vida honrada en libertad y del tercer grado del sistema progresivo de prelibertad ya que los anteriores persiguen, según el Reglamento, la reeducación y readaptación del interno, objetivos innecesarios en este delincuente. (...) En cuanto a la pena idónea para una lucha eficaz contra esta clase de delincuencia los criterios generales consisten, de un lado, en respetar las exigencias de proporcionalidad a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, y del otro, que las sanciones sean de tal naturaleza o gravedad que hagan desistir el autor potencial de lograr sus objetivos mediante la comisión del delito (...) En lo referente a la naturaleza de las penas se admiten como idóneas las tradicionales de privación de libertad y multa. (...) [L]a práctica demuestra que el delincuente económico ha previsto con exactitud sus riesgos penales y se ha preocupado de poner a buen recaudo su patrimonio para evitar los efectos de una condena (civil o penal). [./.] Contra la pena privativa de libertad sólo cabrían realmente dos objeciones. Una, en el sentido de su innecesariedad, ya que el delincuente que tratamos no tiene

¹¹⁹ El § 56 del Código penal alemán establece expresamente que no se suspenderá la ejecución de penas privativas de libertad de 6 meses o más cuando así lo imponga la defensa del Ordenamiento jurídico.

¹²⁰ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, “La política criminal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. III, 1979, pp. 245-247.

necesidad de ser reeducado o resocializado. (...) A la primera objeción ya advertimos que la pena no se concibe como medida reeducadora, aunque se aproveche su cumplimiento para ayudar a quien esté necesitado. (...) Sin negar la eficacia de las otras sanciones, a mi juicio es la pena privativa de libertad la más adecuada para el castigo de los delitos económicos como respuesta a las exigencias de proporcionalidad (con la gravedad del hecho y la culpabilidad) y a la necesidad de una prevención general. Por otra parte opino con Tiedemann que las penas cortas privativas de libertad son aquí de especial interés porque las dificultades que se le atribuyen para la función de resocialización carecen aquí de sentido, ya que el delincuente de las capas altas y medias de la sociedad no está normalmente necesitado de ello. Además el cumplimiento de penas cortas produce un efecto íntimamente a nivel individual y social que no puede relegarse al olvido. (...) Por último, si hay algún delito en el que no está indicada la aplicación de la condena condicional es precisamente en los delitos económicos”¹²¹.

Parece claro que diversas resoluciones judiciales recientes, que deniegan la suspensión de la ejecución de la pena, a pesar de que concurrían los requisitos entonces previstos en el art. 81 CP, apuntan en la misma dirección¹²². Podemos mencionar aquí, por ejemplo, el “caso torturas a Lucian”¹²³, el “caso Pallerols”¹²⁴,

¹²¹ Miguel BAJO FERNÁNDEZ, “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”, en VVAA, *Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, pp. 611-614. Ver también Klaus TIEDEMANN, “La criminalidad económica como objeto de investigación” (trad. de Enrique Bacigalupo), en Cuadernos de Política Criminal, núm. 19, 1983, p. 179; tras afirmar que la reforma de la legislación alemana de 1969 dejó sin efecto la pena corta privativa de libertad (de hasta seis meses), Tiedemann señala que no es válida para los delincuentes económicos la afirmación realizada para justificar aquella decisión (que un condenado a una pena de tan corta duración no podía resocializarse en un medio dañino e inclusive “contagioso”), porque en aquellos casos no se trata de resocializarlos, sino de intimidarlos. Ver, así mismo, Miguel BAJO / S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2001, pp. 59-63, donde los autores mantienen una posición aparentemente más moderada, aunque se sigue considerando que la pena privativa de libertad es la más adecuada para el castigo de los delitos económicos, como respuesta a las exigencias de proporcionalidad y a la necesidad de una prevención general, y que “si hay algún delito en el que no está indicada la aplicación de la condena condicional es precisamente en los delitos económicos”. Pero, acto seguido se dice que, en la actualidad se puede afirmar, con Tiedemann, que existe un completo déficit sobre las medidas más adecuadas para la lucha contra el fraude y el crimen económico. Salvo error u omisión por mi parte, en la 2ª ed. de esta obra (publicada en 2010) no aparece ninguna referencia semejante a la función de la pena, ni a la oportunidad de la suspensión de su ejecución. Cfr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, “Principio de igualdad, Derecho penal del hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones”, y “Prevención general, sociedad y psicoanálisis”, en el mismo autor, *Estudios penales*, 1991, 261- 278, especialmente 276 y ss; 295-325; José CID MOLINÉ (n. 117), pp. 32-35 y nota 11.

¹²² El estudio realizado por Jesús BARQUÍN SANZ / Juan de Dios LUNA DEL CASTILLO (n. 104, pp. 429 y ss) muestra una progresiva disminución del porcentaje de condenas respecto de las cuales se acuerda la suspensión de la ejecución.

¹²³ AAAP Barcelona (sec. 9) de 21 mayo y 28 junio 2012: se deniega la suspensión de la ejecución de una pena de prisión cuya duración, como consecuencia de la concesión previa de un indulto parcial, había quedado fijada en dos años.

¹²⁴ AAP Barcelona (sec. 2) de 1 marzo 2013: deniega la suspensión de la ejecución de penas de un año y seis meses de prisión, y siete meses de prisión, impuesta en sentencia dictada de conformidad por un delito continuado de fraude de subvenciones y un delito continuado de falsedad.

el “caso Matas”¹²⁵, o el “caso Pantoja”¹²⁶. Puede ser discutible la fundamentación que ofrecen y, más concretamente, los esfuerzos que realizan para justificar la peligrosidad criminal de los condenados. Pero, como hemos intentado justificar aquí, aquellas resoluciones judiciales no pueden criticarse diciendo que la suspensión de la ejecución de la pena no disminuye su eficacia preventiva general intimidatoria.

¹²⁵ AAAP Palma de Mallorca (sec. 1) de 28 oct y 10 dic. 2013: se deniega la suspensión de la ejecución de una pena de 9 meses y un día de prisión, impuesta por un delito de tráfico de influencias.

¹²⁶ AAAP Málaga (sec. 2) de 3 y 19 de nov 2014: se deniega la suspensión de la ejecución de la pena de 2 años de prisión, impuesta por un delito de blanqueo de capitales.