



Universidad Miguel Hernández de Elche

Los presupuestos fácticos de la prevención general

Una aproximación empírica al rol de la
disuasión en la enunciación de la
Ley penal

Tesis doctoral presentada por

Ana B. Gómez Bellvís

Dirigida por el Profesor Dr. D. Fernando Miró Llinares

Programa de Doctorado Interuniversitario en Criminología

Elche, 2022





La presente Tesis Doctoral titulada *Los presupuestos fácticos de la prevención general. Una aproximación empírica al rol de la disuasión en la enunciación de la Ley penal* se presenta bajo la modalidad de tesis convencional con los siguientes indicios de calidad:

- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia anunciada: Un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm., 2019.
- MIRÓ-LLINARES, F., y GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», en *Spanish Journal of Legislative Studies*, vol. 1, 2020.
- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «La disuasión penal en el estado de alarma: sobre la eficacia de la amenaza del castigo de la desobediencia al confinamiento», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2020.
- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ-LLINARES, F. «¿Por qué incumplen ellas las normas penales en Internet? Aproximación al “género del cibercrimen” desde el análisis de las infracciones de piratería digital, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 37, 2021.
- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y CASTRO-TOLEDO, F. J., «Los delitos de expresión política en redes sociales desde los efectos de la sanción penal: ¿Efecto disuasorio o efecto desafío?» en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, núm. 1, 2022. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2022.66547>

Asimismo, también se hace constar otro estudio incluido en el cuerpo de la tesis que no está siendo utilizado como un indicio de calidad, ya que actualmente está en proceso de evaluación:

- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., MIRÓ-LLINARES, F., PIQUERO, A. R., PIQUERO, N. L., y CASTRO-TOLEDO, F. C., «Certainty, but how certain? Severity, but how severe? An experimental study on digital piracy deterrence in a representative sample of the Spanish population».





D. Fernando Miró Llinares, director de la tesis doctoral titulada “Los presupuestos fácticos de la prevención general: una aproximación empírica al rol de la disuasión en la enunciación de la Ley penal”

INFORMO

Que Dña. Ana Belén Gómez Bellvís ha realizado bajo mi supervisión el trabajo titulado “Los presupuestos fácticos de la prevención general: una aproximación empírica al rol de la disuasión en la enunciación de la Ley penal”, conforme a los términos y condiciones definidos en su Plan de Investigación y de acuerdo al Código de Buenas Prácticas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, cumpliendo los objetivos previstos de forma satisfactoria para su defensa pública como tesis doctoral.

Lo que firmo para los efectos oportunos, en Elche a 18 de octubre de 2022.





D. Fernando Miró Llinares, Coordinador del Programa de Doctorado en Criminología de la Universidad Miguel Hernández de Elche,

INFORMO

Que Dña. Ana Belén Gómez Bellvís ha realizado bajo la supervisión de nuestro Programa de Doctorado el trabajo titulado “Los presupuestos fácticos de la prevención general: una aproximación empírica al rol de la disuasión en la enunciación de la Ley penal”, conforme a los términos y condiciones definidos en su Plan de Investigación y de acuerdo al Código de Buenas Prácticas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, cumpliendo los objetivos previstos de forma satisfactoria para su defensa pública como tesis doctoral

Lo que firmo para los efectos oportunos, en Elche a 18 de octubre de 2022.



FINANCIACIÓN

Esta tesis doctoral ha recibido fondos de las ayudas para contratos predoctorales para la formación de doctores 2018 (FPI) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y con la cofinanciación del Fondo Social Europeo (Referencia: PRE2018-083939).

Todos los estudios que forman parte del cuerpo de esta tesis han sido realizados y publicados en el marco – y por lo tanto con el apoyo – del proyecto nacional «Criminología, evidencias empíricas y política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas». Referencia: Der2017-86204-R, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI)/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Unión Europea a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional -FEDER- “Una manera de hacer Europa” (IP: Fernando Miró Llinares).

Igualmente, el Estudio 2 (*Capítulo VII*) y el Estudio 5 (*Capítulo IX*) han recibido fondos del proyecto «InfractXrs: ¿Quién copia, quién descarga y por qué? Prevalencia y diferencias de género en las intuiciones de justicia y el cumplimiento de la propiedad intelectual», financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana, en el marco de las ayudas de la Generalitat Valenciana para grupos de investigación consolidables (Referencia: AICO/2019/309; IP: José Carlos Espigares Huete).

Por último, los *Capítulos III, IV y V* fueron desarrollados en una estancia de investigación realizada en la Université de Lausanne (Suiza) gracias a la ayuda para la movilidad internacional de la Universidad Miguel Hernández concedida por el Vicerrectorado de Investigación en julio de 2021.



DEDICATORIA

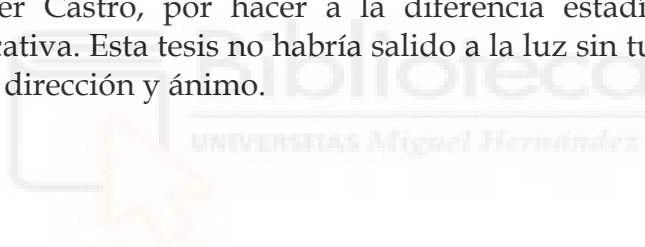
A la memoria de Jaime Bellvís. Ojalá te hubiera podido contar toda esta aventura y escuchar tu risa un poco más.

Pero especial y amargamente, a la memoria de Omar Bellvís. Ojalá hubiera hecho más largo nuestro último abrazo.

A mi madre, Camelia Bellvís, quien no ha dejado de enseñarme sin darse cuenta de la importancia y la nobleza que hay en la resiliencia.

A mi familia.

A Javier Castro, por hacer a la diferencia estadísticamente significativa. Esta tesis no habría salido a la luz sin tu constante apoyo, dirección y ánimo.





AGRADECIMIENTOS

La parte de los agradecimientos es posiblemente la más gratificante de escribir en una tesis doctoral y ello por dos razones: la primera, porque significa que la tarea ardua y arenosa que es escribir un trabajo de tal envergadura ha culminado; la segunda, porque permite saldar parte de la deuda que contraes con toda la gente que de una manera u otra te ha ayudado en un proceso de formación y crecimiento intelectual, personal y vital sin parangón. Es también ese pequeño apartado que permite sacudir la parte más pesada del proceso y minimizar los momentos de dudas y, a veces, hasta de desconsuelo, para poner en valor todo aquello que uno ha ido recogiendo por el camino y se lleva para siempre. Asimismo, reconozcámoslo, es seguramente la única parte que la gente que más me importa se leerá de todo este trabajo. Por ello, espero no dejar a nadie fuera.

En primer lugar, estaré eternamente agradecida a los míos, a los que me ayudaron y confiaron en que yo debía seguir mi camino, y también a los que en un aula de secundaria posaron en un momento determinado los ojos sobre mí y me infundieron la confianza de que yo podía optar a algo más. Me refiero aquí a mi familia, a mis tíos Paco y Carmina y a mi prima Carla, que me han dado el calor y la risa cuando lo he necesitado. Por supuesto, a mi madre, que sin entender muy bien lo que hago se siente igualmente muy orgullosa de mí, y a mi hermana que me ha tirado algún que otro chaleco salvavidas en momentos importantes. También quiero mostrar mi agradecimiento a Manoli Toledo, que me ha acogido durante muchos de los días en los que se han escrito estas páginas y me ha hecho las cosas lo más fáciles posible. Del mismo modo, incluyo a mis amigas del pueblo, especialmente Amparo (también a Amparo madre) y Jéssica, que representan el punto de anclaje y mi vínculo con quien fui. Tampoco quiero dejar la oportunidad de mostrar mi agradecimiento a Pura, Llum y Ana que arrimaron el hombro de la forma más altruista que he visto

jamás para que yo fuera a la Universidad. Pero también tendré para siempre una gran deuda con mis profesores de secundaria del IES Serra Mariola. Ellos no son ni conscientes de la influencia que han tenido sobre mí, lo mucho que he aprendido de ellos y cómo de contagiosa es su vocación. Si bien todos ellos me ayudaron y cuidaron, especial mención merecen mis profesores de Filosofía y Ética, Vicent Nàcher y Loles Sanjuan, que me transmitieron el valor de la curiosidad y del espíritu crítico, y que estoy segura de que han tenido su reflejo en esta tesis doctoral. Todos ellos son para mí el lugar al que siempre puedo volver cuando todo sale mal y el lugar desde el cual celebrar mis logros.

En segundo lugar, acreedores de este trabajo son también todos aquellos que me han acompañado en este proceso que ha durado nada más ni nada menos que cinco años. Algunos han recorrido solo unos cuantos metros conmigo, otros me han acompañado durante quilómetros, y otros sé que me seguirán acompañando en mi futuro. Me refiero a mis amigos de la Universidad y a los que me llevo gracias a ella. Son muchos y a buen seguro que me dejo a alguien que espero que, si está leyendo esto y no se ve, me disculpe. Pero en concreto me gustaría mencionar a aquellos con los que comencé la andadura en CRÍMINA y entre los que se encuentran hoy grandes amigos: Nuria Rodríguez (y Ángel Jaen), Tere Díez, Nazaret Alonso, David Buil, Asier Moneva, Nacho Díaz, José Eugenio Medina, Mar Ruiz, Zora Esteve, Laura González, Flavia Roteda, Rebeca Bautista, y Carlos Falces. Gracias por estar, por hacerme reír, por echarme una mano y ser tan generosos conmigo en tantas ocasiones. Mención especial merece Vicente Valiente, al que no solo admiro a nivel intelectual y personal, sino que siempre le estaré agradecida por su enorme apoyo.

En el contexto universitario también he tenido la gran suerte de conocer e intercambiar risas, cervezas y experiencias con jóvenes investigadores de toda España y también de otros países. En ello ha tenido mucho que ver la Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, y más recientemente la

Asociación de Profesorado de Derecho penal, que me ha permitido conectar con gente con talento y mucho sentido del humor. Gente que, cuando te la encuentras en algún evento, te da mucha alegría saber de ellos y de las que deseas y te desean que te vaya bien. Asimismo, el contexto científico que ofrece la Sociedad Española de Investigación Criminológica también me ha permitido poder compartir Congresos y Simposios con los criminólogos y penalistas a los que más admiro por su contribución a la ciencia y su trato afable, y en los que he encontrado una referencia profesional e intelectual. Entre todos estos profesores debo mencionar especialmente a Elena Larrauri quien me permitió ir a su Universidad durante una semana en Barcelona, abriéndome las puertas de su grupo de investigación durante mi brevísima visita a la UPF en el marco de la Red de Excelencia EmpiriC. También a los profesores Pablo Sánchez Ostiz, Elena Íñigo Corroza y Mario Pereira Garmendía por posibilitar mi estancia de investigación en la Universidad de Navarra, dejándome disfrutar del que se dice uno de los campus universitarios más bonitos y una de las bibliotecas más impresionantes de toda España. En este contexto, mi agradecimiento a Jeffrey y Ana, con los que compartí conversaciones que rompían la, a veces dura, soledad de la biblioteca. Y, por supuesto, mi agradecimiento a los profesores Marcelo Aebi y Stefano Caneppele, por acogerme durante mi estancia de tres meses en la Universidad de Lausanne, una estancia en la que no solo pude trabajar de lleno en esta tesis doctoral, sino que supuso una experiencia catártica para mí. En dicha experiencia me acompañaron dos personas muy especiales a las que también les estoy profundamente agradecida, Lorena Molnar y Cristina Domingo, con las que compartí horas de cervezas, café, paisajes de fábula y uno de mis mejores cumpleaños. Asimismo, quiero mostrar mi agradecimiento a Alex R. Piquero y a Nicole Leeper Piquero que han contribuido a una parte esencial de esta tesis, por su paciencia y generosidad. No menos agradecida estoy a los profesores que en el marco de los Seminarios de investigación de la Universidad de Barcelona y frente a los que expuse las líneas generales de esta investigación, me animaron y me dieron

muy buenos consejos que han ayudado a cerrar esta tesis. Entre ellos, Javier Cigüela, Fernando Molina, Daniel Varona o Víctor Gómez. Del mismo modo, tampoco olvidaré algunas palabras de reconocimiento que para mí ha tenido alguna vez el profesor José Luís Díez Ripollés, las palabras de ánimo que un día me dieron las profesoras Mar Moya y Mar Carrasco en el marco de las V Jornadas de Profesores de Derecho penal de las universidades públicas valencianas, o la ilusión que me hizo que mi trabajo en materia de piratería digital fuera del agrado del profesor Pablo Rando Casermeiro y así me lo transmitiera un día en el marco de un seminario celebrado en Málaga. Son gestos que, aunque pequeños, tienen un gran impacto en una joven investigadora que inicia su andadura.

En tercer lugar, mi agradecimiento a la persona que ha hecho lo anterior posible, Fernando Miró, al que estoy agradecida porque, cuando era más joven y vio en mí algo de potencial, pero me faltaba andamiaje, me dio la oportunidad de formarme a su lado y a su manera, y muestra de ello es esta tesis doctoral. Gracias por haberme facilitado la estructura que me ha dado la oportunidad de hacer tantas cosas, participar en tantas actividades, conocer a tanta gente interesante y presentarme a la comunidad jurídico-penal y criminológica de las que ya me siento parte. Asimismo, por hacerme heredera de esta línea de investigación tan importante para el Centro CRÍMINA al que he considerado mi casa y también mi proyecto durante los últimos cinco años.

En cuarto y último lugar, pero el más importante, mi agradecimiento a una de las personas que más ha contribuido tanto en un sentido anímico como material a que esta tesis tuviera lugar, a Fco. Javier Castro Toledo. A ti que me has impedido tirar la toalla cada una de las muchas veces que he pensado en abandonar la tesis. A ti que en momentos clave me has empujado a buscar algo mejor y me has creído merecedora de más. A ti que siempre te sientes orgulloso cuando hablas de mis investigaciones. A ti que me has ayudado tanto. A ti especialmente.

RESUMEN

Una de las justificaciones más comunes sobre la pena es que la misma sirve para prevenir delitos y lo haría desde su misma fase de enunciación que consistiría en la comunicación de una amenaza legal. Esta asunción está tan interiorizada en la sociedad y en el legislador que una forma habitual de justificar la criminalización de nuevas conductas y aumentar las penas es apelar a la necesidad de aumentar los costes del delito para que los potenciales infractores se retraigan de cometer delitos, algo que supuestamente sucedería si se modifica el Código Penal en tal sentido. Sin embargo, se ha tendido a aceptar que la pena cumpliría tal función sin preocuparse ni el legislador ni la dogmática de atender a la multitud de estudios procedentes de las ciencias sociales que ayudarían a determinar qué mecanismos están detrás de la prevención que puede producir la enunciación del castigo. En el presente trabajo se ha tenido, por tanto, un doble objetivo de investigación: por un lado, poner a prueba la hipótesis que se encuentra detrás de la estrategia legislativa consistente en aumentar las penas y los ámbitos de criminalización esperando que ello produzca en los potenciales infractores una necesidad de retraerse de realizar determinadas conductas; y, por otro, poner de manifiesto otra serie de factores que pueden estar relacionados con la prevención producida por la enunciación de la norma penal y que van más allá de la mera intimidación, relacionados con la comunicación del modelo de conducta social y la legitimidad sustantiva de las normas. La consecución de ambos objetivos se ha llevado a cabo por dos vías: por un lado, mediante una revisión bibliográfica de la literatura sobre la teoría de la disuasión general y de otros factores relacionados con el cumplimiento como son la influencia social y la legitimidad sustantiva de la norma; por otro, con la realización de seis estudios empíricos propios en los que se han puesto a prueba las diferentes hipótesis de los principales enfoques de cumplimiento normativo. Entre los principales resultados se encuentran que las variables de la disuasión no suelen formar parte de los elementos que los

sujetos de las muestras toman en consideración para la decisión de cumplir. Este hallazgo iría en la línea de lo establecido en la literatura sobre la disuasión que viene a sostener que para que la misma pueda desplegar sus efectos deben darse toda una serie de requisitos que, normalmente, no se cumplen. En cambio, sí tienen mucha más importancia para dicho cumplimiento variables relacionadas con la transmisión del modelo de conducta normativo, la desaprobación moral social, o el juicio moral o sistema de valores del individuo. En este mismo sentido, una ausencia de cualidades de la norma como la legitimidad percibida de la misma puede producir efectos perversos que derivarían en el incumplimiento y la erosión de la legitimidad de la norma y la autoridad, confirmando la necesidad de que la norma penal revista de legitimidad para que la misma genere cumplimiento voluntario. Finalmente, se establecen algunas conclusiones para la criminología, el Derecho penal y la política criminal derivadas de la investigación y que contribuirían a mejorar, por un lado, el debate sobre los efectos de la sanción penal y, por otro, la parte de la política criminal que corresponde a la regulación y sanción de determinadas conductas socialmente disvaliosas.

PALABRAS CLAVE

Disuasión, influencia social, legitimidad sustantiva, cumplimiento normativo, desafío, prevención general, enunciación legal

ABSTRACT

One of the most common rationales for punishment is that it is useful to prevent crime, and it would do so from its very phase of enunciation, which would consist of the communication of a legal threat. This assumption is so internalized in society and in the legislator that a common way of justifying the criminalization of new behaviors and increasing penalties is to appeal to the need to increase the costs of crime so that potential offenders are deterred from committing crimes, something that would supposedly happen if the Penal Code were modified in this sense. However, there has been a tendency to accept that punishment would fulfil such a function without the legislator or the legal academic community considering the multitude of studies from the social sciences that would help to determine what mechanisms are behind the prevention that can be produced by the enunciation of punishment. The present thesis has therefore had a double research objective: on the one hand, to test the hypothesis behind the legislative strategy of increasing penalties and areas of criminalization in the hope that this will produce in potential offenders a need to refrain from carrying out certain behaviors; and, on the other, to highlight another series of factors that may be related to the prevention produced by the enunciation of the criminal norm and which go beyond mere intimidation, related to the communication of the model of social behavior and the substantive legitimacy of the norms. Both objectives have been pursued in two ways: on the one hand, through a literature review of the literature on general deterrence theory and other factors related to compliance such as social influence and substantive legitimacy of the norm; on the other hand, by conducting six empirical studies of our own in which the different hypotheses of the main compliance approaches have been tested. Among the main results are that deterrence variables do not tend to be part of the elements that subjects in the samples take into consideration in their decision to comply. This finding would be in line with what is established in the literature on deterrence, which argues that for deterrence

to have an effect, a series of requirements must be met that are not normally fulfilled. In contrast, variables related to the communication of the normative model of behavior, social moral disapproval, or the moral judgement or value system of the individual are much more important for such compliance. In this same sense, an absence of qualities of the norm such as its perceived legitimacy can produce perverse effects that would lead to non-compliance and the erosion of the legitimacy of the norm and authority, confirming the need for the criminal norm to have legitimacy for it to generate voluntary compliance. Finally, some conclusions are drawn for criminology, criminal law and crime policy arising from the research, which would contribute to improving, on the one hand, the debate on the effects of criminal punishment and, on the other, the part of crime policy that relates to the regulation and punishment of certain socially disvaluable conducts.

KEY WORDS

Deterrence, social influence, substantive legitimacy, normative compliance, defiance, general prevention, legal enunciation

RESUM

Una de les justificacions més comunes sobre la pena és que la mateixa serveix per a previndre delictes, i ho faria des de la seua mateixa fase d'enunciació que consistiria en la comunicació d'una amenaça legal. Aquesta assumptió està tan interioritzada en la societat i en el legislador que una forma habitual de justificar la criminalització de noves conductes i augmentar les penes és apel·lar a la necessitat d'augmentar els costos del delicte perquè els potencials infractors es retraguen de cometre delictes, alguna cosa que suposadament succeiria si es modifica el Codi Penal en tal sentit. No obstant això, s'ha tendit a acceptar que la pena compliria tal funció sense preocupar-se ni el legislador ni la dogmàtica d'atendre la multitud d'estudis procedents de les ciències socials que ajudarien a determinar quins mecanismes estan darrere de la prevenció que pot produir l'enunciació del càstig. En el present treball s'ha tingut, per tant, un doble objectiu d'investigació: d'una banda, posar a prova la hipòtesi que es troba darrere de l'estratègia legislativa consistent a augmentar les penes i els àmbits de criminalització esperant que això produïska en els potencials infractors una necessitat de retraure's de realitzar determinades conductes; i, per un altre, posar de manifest una altra sèrie de factors que poden estar relacionats amb la prevenció produïda per l'enunciació de la norma penal i que van més enllà de la mera intimidació, relacionats amb la comunicació del model de conducta social i la legitimitat substantiva de les normes. La consecució de tots dos objectius s'ha dut a terme per dues vies: d'una banda, mitjançant una revisió bibliogràfica de la literatura sobre la teoria de la dissuasió general i d'altres factors relacionats amb el compliment amb les normes com són la influència social i la legitimitat substantiva de la norma; per un altre, amb la realització de sis estudis empírics propis en els quals s'han posat a prova les diferents hipòtesis dels principals enfocaments de compliment normatiu. Entre els principals resultats es troben que les variables de la dissuasió no solen formar part dels elements que els subjectes de les mostres prenen en consideració

per a la decisió de complir. Aquesta troballa aniria en la línia del que s'estableix en la literatura sobre la dissuasió que ve a sostindre que perquè la mateixa puga desplegar els seus efectes han de donar-se tota una sèrie de requisits que, normalment, no es compleixen. En canvi, sí que tenen molta més importància per a aquest compliment variables relacionades amb la transmissió del model de conducta normatiu, la desaprovació moral social, o el judici moral o sistema de valors de l'individu. En aquest mateix sentit, una absència de qualitats de la norma com la legitimitat percebuda de la mateixa pot produir efectes perversos que derivarien en l'incompliment i l'erosió de la legitimitat de la norma i l'autoritat, confirmant la necessitat que la norma penal revista de legitimitat substantiva perquè la mateixa genere compliment voluntari. Finalment, s'estableixen algunes conclusions per a la criminologia, el Dret penal i la política criminal derivades de la investigació i que contribuirien a millorar, d'una banda, el debat sobre els efectes de la sanció penal i, per un altre, la part de la política criminal que correspon a la regulació i sanció de determinades conductes socialment disvalioses.

UNIVERSITAT MIGUEL HERNÁNDEZ

PARAULES CLAU

Dissuasió, influència social, legitimitat substantiva, compliment normatiu, desafiament, prevenció general, enunciació legal

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----------|
| FINANCIACIÓN | IX |
| DEDICATORIA | XI |
| AGRADECIMIENTOS | XIII |
| RESUMEN..... | XVII |
| PALABRAS CLAVE..... | XVIII |
| ABSTRACT | XIX |
| KEY WORDS..... | XX |
| RESUM | XXI |
| PARAULES CLAU | XXII |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| PARTE I. LEITMOTIV: LA JUSTIFICACIÓN CONSECUENCIALISTA DE LA PENA..... | 13 |
| CAPÍTULO I. UNA APROXIMACIÓN MÍNIMA A LA JUSTIFICACIÓN CONSECUENCIALISTA DE LA PENA.. | 15 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 15 |
| 2. BREVE APROXIMACIÓN AL DEBATE CLÁSICO | 22 |
| 2.1. <i>Teorías absolutas</i> | 22 |
| 2.2. <i>Teorías relativas</i> | 30 |
| 2.3. <i>Teorías mixtas</i> | 35 |
| 3. BREVE APROXIMACIÓN AL DEBATE MODERNO ... | 39 |
| 3.1. <i>La teoría comunicativa de la pena orientada a la norma</i> | 41 |
| 3.2. <i>Teorías expresivas de la pena deontológicas</i> | 47 |
| 3.3. <i>Teorías expresivas de la pena consecuencialistas</i> | 54 |
| 4. RECIENTES POSICIONAMIENTOS QUE PARTEN DEL FUNCIONAMIENTO REAL DEL CASTIGO..... | 66 |
| 5. A BENEFICIO DE INVENTARIO..... | 79 |

CAPÍTULO II. LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL DEL DERECHO PENAL Y LA PENA.....85

| | |
|---|-----|
| 1. EL DERECHO PENAL ORIENTADO A LAS CONSECUENCIAS Y SU ESENCIA INSTRUMENTAL | 85 |
| 2. ¿A QUÉ NOS COMPROMETE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL? | 97 |
| 2.1. <i>La justificación instrumental</i> | 99 |
| 2.2. <i>La racionalidad instrumental</i> | 104 |
| 2.3. <i>Efectividad, eficacia y eficiencia</i> | 108 |
| 3. EL PAPEL DE LAS METODOLOGÍAS CIENTÍFICO-SOCIALES | 112 |
| 3.1. <i>El enfoque basado en la evidencia</i> | 112 |
| 3.2. <i>Críticas al enfoque basado en la evidencia</i> | 121 |
| 3.3. <i>¿Entonces?</i> | 136 |
| 4. RECAPITULACIÓN Y PRESUPUESTOS «FILOSÓFICOS» DE ESTA TESIS DOCTORAL | 142 |

PARTE II. CARTOGRAFÍA DEL ENFOQUE DE LA DISUASIÓN169

CAPÍTULO III. LA DISUASIÓN COMO MEDIO DE PREVENIR EL DELITO: LA VISIÓN CLÁSICA171

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 171 |
| 2. DOS ACLARACIONES PREVIAS | 176 |
| 2.1. <i>La cuestión terminológica: multiversos para un mismo objeto</i> 176 | |
| 2.2. <i>El foco de esta investigación: la prevención general con especial atención a la negativa</i> | 186 |
| 3. LOS PRECURSORES DE LA PREVENCIÓN INTIMIDATORIA COMO FIN DEL CASTIGO PENAL | 189 |
| 3.1. <i>La Ilustración como contexto intelectual de las teorías de la prevención intimidatoria y la disuasión</i> | 189 |
| 3.2. <i>La denominada Escuela clásica</i> | 195 |
| 3.3. <i>La crítica a la Escuela clásica y su olvido</i> | 211 |

CAPÍTULO IV. EL RENACIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA DISUASIÓN CON EL ENFOQUE ECONÓMICO, LA CRIMINOLOGÍA Y LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO.....217

1. EL ENFOQUE ECONÓMICO DE BECKER217
 - 1.1. *El paradigma de la utilidad*.....217
 - 1.2. *Dos críticas al enfoque económico clásico*225
2. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA DISUASIÓN235
 - 2.1. *La importancia de la percepción de las características del castigo* 235
 - 2.2. *Los estudios de calibración*.....241
3. LA APORTACIÓN DE LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO249
 - 3.1. *Teoría prospectiva*252
 - 3.2. *Proceso dual de la toma de decisiones*263
 - 3.3. *Heurísticos y sesgos*267
 - 3.4. *Breve referencia al «nudging»*273

CAPÍTULO V. LOS EFECTOS DE LA SANCIÓN: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA279

1. RESPECTO DE LOS EFECTOS PREVENTIVOS.....279
 - 1.1. *¿Funciona la disuasión?: Un teaser*281
 - 1.2. *La hipótesis de la severidad*289
 - 1.3. *La hipótesis de la certeza*298
 - 1.4. *Efectos preventivos de la dimensión subjetiva de la disuasión*306
 - 1.5. *¿Y la celeridad?*.....321
2. LA OTRA CARA DE LA MONEDA: LOS EFECTOS PERVERSOS DE LA SANCIÓN PENAL327
 - 2.1. *La teoría de la disuasión vs. teoría del etiquetamiento: la teoría del desafío*331
 - 2.2. *Puesta a prueba de la teoría del desafío*.....336
 - 2.3. *Breve referencia al replanteamiento de la teoría del desafío como una teoría general*339
3. PREVENCIÓN MÁS ALLÁ DE LA DISUASIÓN EN SENTIDO ESTRICTO345
 - 3.1. *Las normas e influencia sociales*354
 - 3.2. *El sistema de valores y la legitimidad de la norma*359

| | |
|--|------------|
| 4. COROLARIO | 367 |
| PARTE III. INVESTIGACIONES EMPÍRICAS | 371 |
| CAPÍTULO VI. PRELUDIO DE LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS | 373 |
| 1. DERECHO PENAL, CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL: NECESIDADES EMPÍRICAS CONVERGENTES 373 | |
| 2. NEXO COMO PRINCIPIO VERTEBRADOR DE LA INVESTIGACIÓN | 375 |
| 3. PREGUNTAS GENERALES DE INVESTIGACIÓN | 387 |
| 4. MATERIALES Y MÉTODOS EMPLEADOS EN LA INVESTIGACIÓN | 392 |
| 5. UN AVISO PREVIO | 397 |
| CAPÍTULO VII. FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS: EL PAPEL DE LA DISUASIÓN | 401 |
| ESTUDIO 1. CRÓNICA DE UNA INEFICACIA ANUNCIADA: UN ESTUDIO SOBRE LOS FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL..... | 403 |
| 1. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ¿EN LA ENCRUCIJADA?..... | 403 |
| 2. FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO: UNA REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES ENFOQUES | 407 |
| 2.1. <i>Severidad y certeza como variables del enfoque clásico de la disuasión</i> | 407 |
| 2.2. <i>El enfoque de la influencia social y la legitimidad de la norma</i> | 410 |
| 3. EL ESTUDIO | 413 |
| 3.1. <i>Objetivos e hipótesis</i> | 413 |
| 3.2. <i>Método</i> | 415 |
| 4. RESULTADOS..... | 418 |
| 4.1. <i>Análisis descriptivo de la variable «cumplimiento informado»</i> | 418 |
| 4.2. <i>Análisis descriptivos del enfoque de la Disuasión</i> | 420 |

| | | |
|---|--|------------|
| 4.3. | <i>Análisis descriptivos de las variables del enfoque de la influencia social y de la legitimidad</i> | 422 |
| 4.4. | <i>Análisis bivalente</i> | 425 |
| 4.5. | <i>Modelización del cumplimiento de las normas</i> | 428 |
| 5. | DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES..... | 429 |
| | | |
| ESTUDIO 2. ¿POR QUÉ INCUMPLEN ELLAS LAS NORMAS PENALES EN INTERNET? APROXIMACIÓN AL «GÉNERO DEL CIBERCRIMEN» DESDE EL ANÁLISIS DE LAS INFRACCIONES DE PIRATERÍA DIGITAL | | 435 |
| 1. | LA BRECHA DE GÉNERO EN EL CIBERCRIMEN | 435 |
| 2. | LA PIRATERÍA DIGITAL COMO UN CIBERCRIMEN «SUI GENERIS» Y LOS FACTORES EXPLICATIVOS DEL CUMPLIMIENTO | 447 |
| 2.1. | <i>Prevalencias en el ámbito de la piratería digital y la brecha de género</i> | 447 |
| 2.2. | <i>¿Por qué se incumplen las normas?: Factores psicosociales asociados al cumplimiento</i> | 450 |
| 3. | ESTUDIO EMPÍRICO | 459 |
| 3.1. | <i>Objetivos e hipótesis</i> | 459 |
| 3.2. | <i>Método</i> | 461 |
| 4. | RESULTADOS..... | 465 |
| 4.1. | <i>Cumplimiento informado</i> | 465 |
| 4.2. | <i>Factores asociados al cumplimiento de las normas</i> | 467 |
| 4.3. | <i>Resultados del análisis bivalente</i> | 476 |
| 4.4. | <i>Modelización de las conductas de descarga ilegal de contenido audiovisual, de software, de acceso ilegal a partidos de fútbol y otros deportes y de plagio.</i> | 480 |
| 5. | DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES..... | 484 |
| | | |
| CAPÍTULO VIII. INDAGANDO EN EL MENSAJE DISUASORIO Y SU INTERACCIÓN EN ÁMBITOS COMPLEJOS | | 495 |
| | | |
| ESTUDIO 3. FREEDOM OF EXPRESSION IN SOCIAL MEDIA AND CRIMINALIZATION OF HATE SPEECH IN SPAIN: EVOLUTION, IMPACT AND EMPIRICAL ANALYSIS OF NORMATIVE COMPLIANCE AND SELF-CENSORSHIP | | 497 |

| | |
|---|------------|
| 1. FREEDOM OF EXPRESSION IN SPAIN AND ITS DETERMINANTS | 497 |
| 1.1. <i>More or less freedom of expression? Evidence regarding the impact of the criminalisation and judicialization of hate speech</i> 497 | |
| 1.2. <i>The impact on freedom of expression of the privatisation of censorship in social networks: little data, more evidence.....</i> | 501 |
| 2. CRIMES OF EXPRESSION IN SPAIN AND THE JUDICIAL RESPONSE TO OFFENCES ON SOCIAL NETWORKS | 509 |
| 2.1. <i>The criminalisation of expression since the introduction of the 1995 Criminal Code</i> | 509 |
| 2.2. <i>The judicial interpretation of crimes of expression since the popularisation of social networks.....</i> | 515 |
| 3. EMPIRICAL ANALYSIS OF REGULATORY COMPLIANCE AND SELF-CENSORSHIP IN SOCIAL NETWORKS | 527 |
| 3.1. <i>Regulatory compliance, self-censorship and banning expressions on the Internet: measuring the impact of the restrictions</i> | 527 |
| 4. EMPIRICAL STUDY | 533 |
| 4.1. <i>Objectives and hypothesis.....</i> | 533 |
| 4.2. <i>Methods.....</i> | 535 |
| 5. RESULTS | 537 |
| 5.1. <i>Perception of the quality of freedom of expression, perceived censorship in social networks and knowledge of the limits of freedom of expression.....</i> | 537 |
| 5.2. <i>Informed compliance.....</i> | 538 |
| 5.3. <i>Variables associated with compliance.....</i> | 539 |
| 5.4. <i>Self-censorship: prevalence and reasons</i> | 544 |
| 6. DISCUSSION AND LIMITATIONS | 547 |
| ANNEX 1 | 557 |
| ESTUDIO 4. LA DISUASIÓN PENAL EN EL ESTADO DE ALARMA: SOBRE LA EFICACIA DE LA AMENAZA DEL CASTIGO DE LA DESOBEDIENCIA AL CONFINAMIENTO | 561 |

| | |
|---|------------|
| 1. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: CUANDO LA «BALA DE PLATA» CONTRA LA COVID-19 ES EL COMPORTAMIENTO CONFORME A LAS NORMAS..... | 561 |
| 2. JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE DEL ESTUDIO: LOS FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO NORMATIVO..... | 571 |
| 2.1. <i>El enfoque de la disuasión</i> | 572 |
| 2.2. <i>El enfoque de la influencia social</i> | 576 |
| 2.3. <i>El enfoque de la legitimidad sustantiva y procedimental</i> | 579 |
| 2.4. <i>Otros factores: los factores ambientales o contextuales del cumplimiento del confinamiento como particularidad</i> | 583 |
| 2.5. <i>Recapitulación</i> | 584 |
| 3. ESTUDIO EMPÍRICO..... | 587 |
| 3.1. <i>Objetivos e hipótesis</i> | 587 |
| 3.2. <i>Variables y procedimiento</i> | 589 |
| 4. RESULTADOS..... | 590 |
| 4.1. <i>Estadísticos descriptivos</i> | 590 |
| 4.2. <i>Correlaciones bivariadas</i> | 598 |
| 4.3. <i>Modelización matemática del incumplimiento</i> | 602 |
| 5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES..... | 603 |
| CAPÍTULO IX. FUNCIONAMIENTO Y LÍMITES DEL EFECTO DE LA SANCIÓN PENAL: DISUASIÓN Y DESAFÍO | 621 |
| ESTUDIO 5. CERTAINTY, BUT HOW CERTAIN? SEVERITY, BUT HOW SEVERE? A QUASI-EXPERIMENTAL STUDY ON DIGITAL PIRACY DETERRENCE IN A SAMPLE OF THE SPANISH POPULATION | 623 |
| 1. INTRODUCTION..... | 623 |
| 2. DIGITAL PIRACY AND DETERRENCE: WHAT DO WE KNOW? | 630 |
| 3. THE STUDY OF DETERRENCE APPLIED TO DIGITAL PIRACY: THE NON-EXPERIMENTAL CROSS-SECTIONAL STUDIES..... | 631 |
| 4. PREVIOUS EXPERIMENTAL STUDIES ON CERTAINTY AND SEVERITY AS APPLIED TO DIGITAL PIRACY | 634 |

| | | |
|-----|---------------------------------|-----|
| 5. | CURRENT STUDY | 637 |
| 6. | DATA AND METHODS | 638 |
| 7. | VARIABLES | 638 |
| 8. | SCENARIO..... | 640 |
| 9. | RESULTS | 641 |
| 10. | DISCUSSION AND CONCLUSION | 651 |

ESTUDIO 6. LOS DELITOS DE EXPRESIÓN POLÍTICA EN REDES SOCIALES DESDE LOS EFECTOS DE LA SANCIÓN PENAL: ¿EFECTO DISUASORIO O EFECTO DESAFÍO? .659

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS DE EXPRESION POLÍTICA Y LA ESTRATEGIA DISUASORIA DEL LEGISLADOR Y EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPAÑOL..... | 659 |
| 2. | LA OTRA CARA DE LA SANCIÓN PENAL: EL EFECTO DESAFÍO | 666 |
| 2.1. | <i>Disuasión versus etiquetamiento: la teoría del desafío</i> | 668 |
| 2.2. | <i>La aplicabilidad de la teoría del desafío a los delitos de opinión</i> | 671 |
| 3. | ESTUDIO EMPÍRICO | 675 |
| 3.1. | <i>Objetivos e hipótesis.....</i> | 675 |
| 3.2. | <i>Descripción de la muestra.....</i> | 676 |
| 3.3. | <i>Variables del estudio</i> | 676 |
| 4. | RESULTADOS..... | 686 |
| 4.1. | <i>Resultados descriptivos de las variables dependientes y el incumplimiento previo</i> | 686 |
| 4.2. | <i>Resultados de las regresiones logísticas</i> | 688 |
| 4.3. | <i>Resumen de la contrastación de las hipótesis</i> | 694 |
| 5. | DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES..... | 695 |

CAPÍTULO X. DISCUSIÓN GENERAL Y CONCLUSIONES
.....707

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | RECAPITULACIÓN Y DISCUSIÓN GENERAL | 707 |
| 2. | LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN..... | 716 |
| 2.1. | <i>Limitaciones con respecto al alcance de la investigación</i> 717 | |
| 2.2. | <i>Limitaciones con respecto a los estudios empíricos.....</i> | 720 |
| 3. | CONCLUSIONES GENERALES Y PROSPECTIVA | 724 |
| 3.1. | <i>Conclusiones para la Criminología.....</i> | 724 |

| | | |
|------|--|-----|
| 3.2. | <i>Conclusiones para el Derecho penal</i> | 734 |
| 3.3. | <i>Conclusiones para la Política Criminal</i> | 746 |
| 4. | GENERAL CONCLUSIONS AND FUTURE RESEARCH DIRECTION | 750 |
| 4.1. | <i>Conclusions for criminology</i> | 751 |
| 4.2. | <i>Conclusions for criminal law</i> | 759 |
| 4.3. | <i>Conclusions for crime policy</i> | 771 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 777 |





INTRODUCCIÓN

Una de las preguntas más fundamentales y, quizás, de las más atractivas en Derecho penal es la que se realiza en torno al propio fundamento de la pena. Qué es lo que permite explicar y justificar que el Estado, al que se le ha concedido el monopolio de la fuerza, castigue a sus ciudadanos, es decir, inflija en ellos un daño de forma deliberada, es una cuestión clave que ha dado lugar a siglos de reflexión. Y no es que con el tiempo haya perdido fuelle la cuestión de la justificación del castigo, de las razones de la pena, sino que es algo por lo que nos estamos preguntando continuamente tanto desde la dogmática penal, como desde la propia ciudadanía a propósito de múltiples crímenes que dan lugar a repensar qué tipo de penas tenemos y queremos, y qué fin creemos que cumplen y tienen que cumplir las normas penales.

Si uno hace la prueba, observará que no hace falta retrotraerse al sabio PLATÓN para averiguar algo sobre las dos grandes justificaciones del castigo, la prevención y la retribución, sobre las que la literatura ha orbitado desde hace siglos. Basta con entrar a una de las que posiblemente sea de las primeras clases de la asignatura de Derecho penal, parte general, y preguntar «¿por qué se castiga?». Rápidamente suelen surgir entre los alumnos respuestas que van desde «para que la gente se lo piense dos veces», o «para que el delincuente no lo vuelva a hacer», hasta el típico «porque se lo merece por haber hecho algo mal». Esta tesis doctoral ha tenido como uno de sus objetivos analizar empíricamente el «para que la gente se lo piense dos veces», es decir, la prevención del delito por medio de la enunciación de un mensaje comunicativo al que tradicionalmente se le ha asignado un significado de «amenaza legal» conforme a una de las teorías de la pena más prominentes: la teoría de la prevención general negativa o disuasión general.

Quizás enunciar esta teoría por medio de la frase «para que la gente se lo piense dos veces» pueda parecer una caricatura grotesca de la teoría de la prevención general intimidatoria propia de un alumno todavía profano en la literatura sobre las teorías de la pena, pero, en realidad, son reducciones de ese tipo las que están detrás de la justificación de la criminalización de conductas en el Código Penal y del aumento de penas por parte del legislador en diferentes ocasiones. Y es que cuando se dan las cosas por sentadas, es bastante fácil (si no inevitable) caer en reduccionismos. Esto es precisamente lo que sucede, a nuestro juicio, con la cuestión relativa a la motivación al cumplimiento por medio de la enunciación de la norma penal.

Así, no es precisamente algo puntual que los políticos de turno, normalmente los que se encuentran en la oposición, prometan en campaña electoral realizar modificaciones del Código Penal para endurecerlo apelando, al mismo tiempo, a razones de prevención general negativa. En este sentido, se podría decir que detrás de la noción básica de la disuasión general está la idea – bastante intuitiva y presente en nuestro día a día – de que si se quiere evitar que una persona realice un determinado comportamiento lo que hay que hacer es aumentar los costes de realizar la infracción que, en el caso del Derecho penal, se refiere al castigo.

Siguiendo esa lógica argumental, por lo demás fácilmente entendible por la ciudadanía, se introducen nuevas conductas en el Código Penal y se aumentan las penas de los delitos ya existentes y sobre los que haya una cierta preocupación. Todo ello con el objetivo de convertir a la amenaza del castigo en una lo suficientemente poderosa como para conseguir que el individuo en concreto se retraiga de cometer el delito de que se trate. Es en este sentido en el que supuestamente funcionaría la prevención por medio de la enunciación de la norma penal que consiste en la amenaza legal institucionalizada y socialmente aprobada.

Si bien es cierto que desde hace algún tiempo en la dogmática se dice que ha habido una suerte de renacimiento de algunas formas de retribucionismo en las actuales proposiciones teóricas sobre la pena, también lo es que la justificación consecuencialista del castigo basada en la prevención es, por excelencia, un argumento ganador a favor de este tipo de intervenciones legislativas. Pero ¿por qué es un argumento ganador?, ¿por qué el legislador se basa en tantas ocasiones en la estrategia disuasoria general para llevar a cabo las modificaciones del Código Penal?

En realidad, la justificación consecuencialista (preventiva) de la pena es acorde, como veremos, tanto con el propio entendimiento consecuencialista del Derecho penal que surge especialmente a partir del s. XVIII y se asume hasta nuestros días, como con la posición mayoritaria de la dogmática que ha discutido qué fin y función debe tener la pena y qué es lo que la justifica en un Estado social y democrático de Derecho. Así, la idea de la disuasión impregna prácticamente al propio sistema de justicia penal que tiene una aspiración preventiva, de evitar en la medida de sus posibilidades que los delitos tengan lugar. En otras palabras, no se puede negar que a la pena se le pueden atribuir otra serie de funciones, pero tampoco que una de las funciones desde la cual las normas penales se diseñan es el control social del delito.

Uno de los aspectos positivos de optar por este tipo de justificación del castigo es que el mismo se despega de una justificación ideal e incluso, a veces, metafísica, oscura respecto del fin último que justificaría a la misma, y en la que la realidad no tiene mucha cabida. Pero uno de los aspectos, si se puede decir, «negativos» de la justificación en términos preventivos es que quien la emplee debe de hacer frente a la incómoda y ardua tarea de demostrar que la conminación penal, que el mensaje comunicativo en el que consiste la norma penal y con ella también la pena, tiene el efecto preventivo que se le presupone. Y es en este punto donde tanto el legislador como la dogmática penal que asumen una estructura de justificación

consecuencialista-preventiva y atribuyen a las penas un efecto disuasorio-general, fallan estrepitosamente.

En efecto, con respecto a la justificación de la pena en estos términos se produce una paradoja que algunos autores como MIRÓ LLINARES, ORTIZ DE URBINA GIMENO, DÍEZ RIPOLLÉS, PAREDES CASTAÑÓN, RODRÍGUEZ HORCAJO, MOLINA FERNÁNDEZ, entre otros, han venido poniendo de manifiesto desde hace algún tiempo y que se hace cada vez más «irritante». La paradoja es la siguiente: se parte de una concepción del Derecho penal consecuencialista, de Derecho penal orientado a fines. Uno de estos fines es la protección de la sociedad y el instrumento desde el cual se vale esta rama del ordenamiento jurídico para dar consecución a tal fin es la pena. Pero la pena debe ser utilizada racionalmente, y uno de los criterios de racionalidad es el instrumental. Esto significa que la pena debe servir y se tiene que configurar en la medida de lo posible para contribuir a evitar que determinados comportamientos sucedan, y todo ello teniendo en cuenta su eficacia, pero también su eficiencia. Por ello, la mayoría de la doctrina defiende una teoría de la pena si no puramente preventiva, al menos, mixta y la mayoría también asume que la pena en algún momento tiene una función disuasoria. El legislador, por su parte, asume igualmente la anterior estructura, con la ventaja a su favor de que dispone de todo un marco conceptual elaborado en la dogmática que dice que para que la norma penal disuada el castigo tiene que ser cierto, severo y pronto.

Hasta aquí llegan tanto la dogmática como el legislador y eso es precisamente lo paradójico. Se establece el criterio que justificaría el castigo, pero posteriormente se abandona la tarea que da sentido a esa justificación: la verificación de si ese criterio se cumple o no. En general, hay un desentendimiento de las ciencias sociales que desde hace décadas han venido estudiando la relación entre el comportamiento humano y las normas. Nos estamos refiriendo a la criminología, a la que apenas se le concede un breve párrafo o apartado en los manuales de Derecho penal, parte general, para no volverla a nombrar más,

pero también a la psicología cognitiva, social, a la sociología, a la economía, entre otras. Y, en el caso de la función de la pena en fase de enunciación, sucede otro tanto. Este vacío o esta laguna entre lo empírico y lo normativo en el ámbito de la pena es, a nuestro juicio, perjudicial desde distintos puntos de vista como iremos viendo en profundidad a lo largo de la primera parte de este trabajo. El primero de ellos es con respecto a dar por válidas algunas asunciones que no se dan en la realidad y, el segundo, es el relativo a darle un «cheque en blanco» al legislador que igualmente asume determinados efectos de las sanciones penales que tampoco verifica si se dan o no en la realidad, pero con respecto a los cuales poco puede decir una doctrina que se desentiende grandemente de los mismos.

Es a esta brecha a la que se ha pretendido contribuir humildemente con esta tesis doctoral. El objetivo general de este trabajo ha sido, pues, doble: por un lado, poner a prueba la principal hipótesis de que se hace servir el legislador para aumentar las penas y el ámbito de criminalización. Esta tarea siempre ha sido necesaria, pero ahora lo es más todavía si cabe en la medida en que es ahora cuando las ciencias sociales se encuentran más desarrolladas en términos de teoría, metodología y estadística como para poner a prueba algunos de los presupuestos fundamentales de la pena que se han estado asumiendo tanto por el legislador como por la dogmática penal. Por otro lado, y no olvidando que lo importante es entender de qué modo la pena puede prevenir en su fase de enunciación, también se ha tenido como objetivo general poner de manifiesto otra serie de factores relacionados con la prevención producida por la enunciación de la norma penal y que van más allá de la intimidación legal.

En este sentido, esta tesis asume y adopta la estructura consecuencialista-preventiva del Derecho penal, entiende que es necesario atender a la justificación instrumental de la pena, como muchos otros autores han hecho previamente en la dogmática penal, pero da un paso más allá. En ella tratamos de llevar a cabo una integración efectiva del conocimiento empírico

sobre los factores del cumplimiento normativo para establecer cómo previene la norma a través de la enunciación.

Para dar consecución a dichos objetivos, se ha dividido la investigación en tres grandes partes diferenciadas. En una primera parte que integra a los *Capítulos I y II*, la relativa a la *justificación consecuencialista de la pena*, se tejen los mimbres de la posición adoptada con respecto a la forma de aproximarse a la parte fáctica de la pena; en la segunda, se lleva a cabo una *revisión de la teoría de la disuasión general* en los *Capítulos III, IV y parte del V*, algo que en la literatura de habla castellana era todavía difícil de encontrar de forma sistematizada y uniforme pese a la necesidad de la misma dada la relevancia explicada de esta teoría de la pena y los efectos que se le presuponen a la enunciación del castigo. En el *Capítulo V* también se ponen de relieve otros enfoques de cumplimiento como el relativo a la influencia social y a la legitimidad, y en el que se analizan otra serie de mecanismos por medio de los cuales la norma penal lograría generar efectos preventivos o de cumplimiento; y, en la tercera, quizás las más innovadora, se llevan a cabo una serie de estudios para analizar empíricamente los factores asociados al cumplimiento, el efecto disuasorio del castigo y también los posibles efectos contraproducentes de la sanción penal (*Capítulos VI, VII, VIII, IX*).

La primera parte, como su propio título indica, no deja de ser un *leitmotiv* tanto en su acepción referida al «motivo central» del trabajo –la pena–, como al significado musical referido al tema o hilo musical dominante y que está de fondo en una composición –el enfoque empírico–. En el *Capítulo I*, de obligada inclusión puesto que esta tesis doctoral tiene como objeto de trabajo las asunciones fácticas sobre los efectos de la sanción en su fase de enunciación y, por tanto, aquellas teorías que establecen la función de la pena en la generación de determinados efectos preventivo-generales, está dedicado a hacer una breve aproximación al debate sobre las teorías de la pena para contextualizar en última instancia la que a nosotros nos ha ocupado principalmente. Esta aproximación se considera

breve porque, en realidad, ni se han incluido todas las teorías existentes ni a todos los autores, puesto que hacerlo requeriría apartarnos demasiado de nuestro objetivo de investigación y, además, una recopilación más exhaustiva y rica en detalles ya la han llevado a cabo otros autores en la dogmática de una forma mucho más maestra de lo que aquí se podría hacer. Este primer capítulo no deja de ser un *acercamiento* a las líneas generales del arenoso debate de la teoría de la pena y nos acercamos tanto al debate más tradicional – diferenciando entre teorías absolutas, relativas y mixtas –, como al más moderno centrado en elementos como la función expresiva de la pena y que se divide, casi igual que sucede en el clásico, entre aquellas teorías que consideran que la expresión de censura en que consistiría la pena tiene valor en sí misma y aquellas que se plantean si debe servir además a fines preventivos. El objetivo de este capítulo es doble: por un lado, como hemos señalado, contextualizar la teoría de la prevención general intimidatoria y, por otro, nos sirve para mostrar una cierta circularidad en los planteamientos y resaltar una particularidad que se está dando en las proposiciones de teoría de la pena y de su justificación más recientes. Esta particularidad es, principalmente, la integración del conocimiento empírico sobre el funcionamiento del castigo.

En el *Capítulo II* resaltamos la concepción mayoritaria del Derecho penal y su función protectora e instrumental. Asimismo, también se hace hincapié sobre la idea de que la racionalidad de las leyes penales y su justificación requiere de una parte a la que no se debería renunciar cual es la instrumental. Es decir, si entendemos que el Derecho penal debe servir para evitar determinadas conductas y la pena, en todo o en parte, tiene un fin preventivo, también hay que aceptar, por tanto, que es necesario atender a la racionalidad instrumental. En este sentido, atender a esta racionalidad instrumental implica necesariamente atender a las evidencias empíricas sobre los efectos de la sanción penal. Sin embargo, como decíamos, ello es algo a lo que se renuncia con cierta comodidad y facilidad. Se sigue utilizando el marco conceptual de la prevención general, en concreto de la intimidatoria, casi en los mismos términos que

lo hacían sus precursores, pese a que las ciencias sociales están en disposición de darnos muchos más detalles sobre este mecanismo. Por ello, mediante este capítulo se defiende el enfoque basado en la evidencia para abordar la cuestión de la pena en la medida en que para poder exigirle réditos preventivos deberemos primero conocer cómo funciona, qué penas cumplen con los fines que se le atribuyen y cuáles no, por qué la ciudadanía decide cumplir con las normas penales, cómo tienen que ser las penas para conseguir el máximo potencial preventivo al mínimo coste posible, entre muchas otras cuestiones. Y ello porque no alcanzamos a visualizar otro método o forma para responder a estas preguntas de investigación de las que, aunque se intente, no nos podemos deshacer diciendo simplemente que no corresponderían al Derecho penal sino a otras ciencias como la criminología. Sí interesan al Derecho penal y, a nuestro juicio, nos beneficiaríamos de emplear un enfoque más empírico y menos basado en la intuición o en una suerte de, como diría GRECO, «realismo cotidiano». Así, este capítulo, y con él la primera parte de la tesis doctoral, termina asumiendo una serie de presupuestos filosóficos que impregnarán todo el trabajo y la forma de proceder, uniéndonos a la posición de autores como WALKER que entiende que hay que atender a las evidencias empíricas «para atraer a los filósofos a [la] tierra firme [de la investigación empírica] y [para atraer] a los criminólogos a las aguas profundas [donde los filósofos morales depredan como tiburones]»¹.

En la medida en que el efecto de la enunciación del castigo generalmente asumido tanto por el legislador, como por la dogmática y la propia sociedad es el disuasorio, en la segunda parte de esta tesis doctoral se lleva a cabo una cartografía de la teoría de la disuasión, tratando de realizar un mapa lo más detallado posible de ésta y sus elementos principales,

¹ WALKER, N., *Why punish?*, Oxford University Press, New York, 1991, p. viii. Traducción de la autora. La cita original es la siguiente: «to lure philosophers on to [the] dry land [of empirical research] and [to lure] penologists into deep water [where moral philosophers prey like sharks]»

mostrando por medio de los *Capítulos III y IV* una evolución de la teoría como tal, y en el *Capítulo V* una recopilación del estado del arte sobre lo que los estudios muestran en materia de los efectos de la sanción penal. En este sentido, en el *Capítulo III* el lector se podrá encontrar una breve descripción de las principales propuestas de los autores de la Ilustración tratados en este trabajo de investigación (BECCARIA, BENTHAM y FEUERBACH) para, por un lado, mostrar las raíces de la estrategia disuasoria y del sistema de justicia penal moderno y, por otro, para poner en valor cómo a pesar de que estos autores no tenían a su alcance lo que hoy sí tenemos (métodos y herramientas de medición) pusieron los ladrillos del esquema de decisión del delincuente y revelaron las variables que estarían detrás del mecanismo disuasorio, hipotetizando cómo se comportaría el hombre racional ante la amenaza de castigo. En el *Capítulo IV* pasaremos a una evolución de esta teoría marcada por la aportación de la economía, de la criminología y de la economía del comportamiento. Con todo ello se trata de ofrecer al lector una visión mucho más completa de la teoría de la disuasión general y más acorde con lo que se ha ido avanzando en distintas ramas del conocimiento. Es precisamente en este capítulo donde, además, se empieza a vislumbrar que, efectivamente, dentro de un concepto amplio de «disuasión» quedan incluidos otros elementos que no siendo parte *strictu sensu* de la norma penal o del castigo tipificado, sí que tienen que ver con ello y acaban formando parte de la decisión de infringir o no la norma y a los que es necesario atender. Es aquí donde se empieza a ampliar la teoría para incluir otros elementos tan esenciales como el sistema de valores morales de los individuos, la influencia social, entre otros, que aunque no se les haya prestado suficiente atención en la literatura sobre la teoría de la pena igualmente interesan a los estudiosos del Derecho penal, pues al final lo que nos preocupa e interesa son los mecanismos que se encuentran detrás de la prevención que se puede alcanzar mediante la enunciación del castigo y que pueden ir más allá del simple miedo a la amenaza legal.

Finalmente, y para terminar con la segunda parte de la tesis doctoral, en el *Capítulo V* se hace un esfuerzo por tratar de sintetizar lo que las ciencias sociales, especialmente la criminología, han ido señalando en torno a los efectos de la sanción penal. Este capítulo, además, se ha dividido en tres grandes partes: por un lado, se tratan los efectos preventivos que vendrían derivados del mecanismo de la disuasión en sentido estricto (la amenaza legal); por otro, se han tratado también los efectos preventivos que pueden tener otra serie de mecanismos que ha puesto de relieve la literatura sobre cumplimiento normativo como son la influencia social y la legitimidad; y, por otro, también se ha expuesto el efecto contraproducente consistente en un desafío e intención de incumplir las normas derivados de una falta de legitimidad de la norma, y que vendría a confirmar lo dicho con respecto al efecto preventivo del contexto normativo.

En efecto, a lo largo de los *Capítulos IV* y *V* el lector podrá intuir que en la literatura de la disuasión en sentido estricto no dejan de estar de fondo otros elementos. Si bien hemos centrado nuestra principal atención en la prevención general intimidatoria por las razones expuestas, la prevención general por medio del castigo va más allá y abarca otros elementos diferentes al mecanismo disuasorio. Si hay algo en lo que en la literatura sobre la disuasión general se pone de relieve, incluso por sus férreos defensores, es que es necesario partir de que la mayoría de la gente cumple las normas penales y no precisamente porque en todo momento esté pensando en las posibles consecuencias formales del incumplimiento. La labor preventiva de las normas penales, del sistema de justicia penal, se lleva a cabo, por tanto, por medio de otros mecanismos que los penalistas debemos tener en cuenta más seriamente. Entre estos mecanismos destacan, como veremos, la influencia social y la legitimidad sustantiva otorgada a la norma. Que ello sea así plantea nuevos enfoques a partir de los cuales poder responder a la pregunta de por qué se cumplen las normas penales, cómo logra el Derecho penal su potencial preventivo por medio de la

enunciación del castigo si no es a través del miedo que puede generar una amenaza de una pena.

De acuerdo con lo anterior, esa pregunta junto con otras más específicas son las que nos realizamos en la tercera parte de la tesis doctoral, dedicada a exponer los seis estudios empíricos realizados en el marco de esta línea de investigación (*Capítulo VI*). Entre esas preguntas de investigación están: la relativa a los factores asociados con el cumplimiento de la norma; en qué medida los sujetos tienen en cuenta para tomar la decisión de cumplir con la norma las variables de la disuasión; si los factores de cumplimiento se distribuyen de forma diferente atendiendo a características individuales como el sexo de la persona; en qué medida modificaciones situacionales de las características del castigo dadas y conocidas por los sujetos pueden modificar su conducta; o si la sanción penal puede generar efectos nocivos y contraproducentes. Así, en el *Capítulo VII* el lector podrá encontrar dos estudios que tratan de analizar los factores asociados al cumplimiento normativo en el ámbito de la piratería digital, con la particularidad de que en el segundo se añade la pregunta de investigación relativa a si los factores de cumplimiento se distribuyen de manera distinta en hombres y en mujeres. El *Capítulo VIII* está integrado por dos estudios que se preguntan por los factores de cumplimiento normativo en contextos complejos como los comentarios ofensivos en redes sociales, o el cumplimiento del confinamiento. A estos dos estudios se le añaden además otras preguntas como, por ejemplo, si la sanción penal puede generar efectos nocivos en la libre expresión, o en qué medida otros enfoques como el de la justicia procedimental pueden explicar el cumplimiento de las normas en un estado de alarma. Por último, en el *Capítulo IX*, se exponen dos estudios que tienen dos objetivos claramente diferenciados. El primero trata de analizar si ante modificaciones en la severidad y la certeza perfectamente conocidas por el individuo se produce una modificación de la conducta y bajo qué grado de ambas variables se produce dicha modificación. El segundo busca analizar en qué medida una norma penal cuya legitimidad sustantiva queda erosionada

puede generar una actitud desafiante frente a la norma y la autoridad.

Para finalizar, la tercera parte de la tesis termina con el *Capítulo X* reservado a extraer las conclusiones derivadas de la investigación en general. Como se verá, la investigación aquí llevada a cabo abarca cuestiones que son de interés para aquellas disciplinas que tienen entre sus objetos de estudio la pena, y que son esencialmente la criminología, el Derecho penal y la política criminal. Por ello, el trabajo concluirá señalando qué conclusiones de la investigación son de interés para cada una de ellas. En el caso de la criminología, se señalan determinados hallazgos que pueden considerarse consolidados a la luz de los estudios en materia de disuasión y se señalan algunas líneas de investigación futura en las que la criminología española puede tener un papel más protagónico del que ha tenido hasta ahora. Por lo que se refiere al Derecho penal se defenderá, por un lado, la necesidad de abandonar la dicotomía «evidencias sí/evidencias no», para dar un paso más allá y asumir que aquél que defiende una función protectora del Derecho penal y preventiva del castigo, al menos en parte, debe atender a las evidencias y que el debate ahora deberá centrarse en cómo, cuándo y por qué incorporarlas. Del mismo modo, se señalarán en qué pueden contribuir los hallazgos de esta tesis al debate sobre la teoría de la pena. Por último, en materia de política criminal, se señalan algunas conclusiones que serían útiles para un legislador honesto con la necesidad de prevenir el delito por medio del castigo. Si bien y asumiendo de forma casi pesimista que esa lista de cuestiones útiles en atención a las evidencias empíricas no serán tenidas en cuenta por el legislador, se traslada la necesidad una vez más de que la dogmática se haga con el acervo del conocimiento empírico en materia de los efectos de la sanción penal para desmontar las justificaciones preventivas del legislador punitivo y compeler al mismo a que exponga las auténticas razones detrás de determinados cambios en la ley penal para poder entrar en los auténticos debates sobre la racionalidad y aceptabilidad de las modificaciones del Código Penal.

PARTE I. LEITMOTIV: LA JUSTIFICACIÓN CONSECUENCIALISTA DE LA PENA



Sería un flaco favor exagerar nuestro desconocimiento de la eficacia de ciertas sanciones penales. El cinismo es una mercancía barata y da un aire espurio de sabiduría.
Norval MORRIS²

² MORRIS, N., «Impediments to Penal Reform», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 33, núm. 4, 1966, p. 645 (nota 28).



CAPÍTULO I. UNA APROXIMACIÓN MÍNIMA A LA JUSTIFICACIÓN CONSECUENCIALISTA DE LA PENA

1. INTRODUCCIÓN

No parece recomendable acercarse al Derecho penal sin abordar la cuestión de la justificación de su existencia e, indisolublemente, sin reflexionar sobre el fin que debe perseguir el castigo en un determinado Estado^{3/4}. Es una cuestión sobre la que cabe partir previamente para poder orientar el Derecho penal sustantivo a tal fin y justificación. No es casualidad que en los manuales de Derecho penal este sea el tema que se aborda primeramente antes de entrar en cuestiones posteriores como la teoría del delito o la determinación de la pena. Esta cuestión es, por decirlo de algún modo, la arteria aorta que oxigenará el resto de los conceptos y cuestiones del Derecho penal y también del sistema de justicia penal. Es por ello por lo que una parte

³ Al menos no si se pretende un abordaje integral del Derecho penal. Ello no quiere decir que todos los autores en Derecho penal que han existido se hayan dedicado a la reflexión de esta cuestión. Lo que sí que puede hacerse es asumir que la existencia del Derecho penal está justificada, partir de una determinada función y justificación del castigo, por ejemplo, la que se suele asumir a partir del marco del Estado social y democrático de Derecho, y abordar otras cuestiones de Derecho penal sin preocuparse mucho más de estas preguntas. Pero incluso en ese caso, se está partiendo de una concepción que deriva de una reflexión anterior, mucho más profunda y necesaria.

⁴ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena* (Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Francisco MUÑOZ CONDE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Asimismo, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* (10ª edición), Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p. 84: «La función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena. Y a la medida de seguridad». Si bien, como advierte SILVA SÁNCHEZ, la legitimación del Derecho penal no se agota en el debate sobre las teorías de la pena (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Segunda edición ampliada y actualizada*, BdeF, Buenos Aires, 2012)

esencial de la filosofía del Derecho penal⁵ ha estado dedicada en los últimos dos siglos⁶ a plantear posibles respuestas a la pregunta sobre cuál es el fin del Derecho penal que justificaría su existencia y necesidad y, también, cuál es la función que debe cumplir la pena de acuerdo con ese fin⁷. Téngase en cuenta que cuando se habla de pena, de castigo, se está hablando de la posibilidad del Estado, al que se le ha concedido el monopolio de la fuerza, de infligir en un ciudadano un daño de forma deliberada. Dada la gravedad de ese daño y la afectación de bienes esenciales mediante el mismo como la libertad, el patrimonio e incluso en algunas latitudes del mundo, la vida, esta acción estatal requiere de una justificación moral de peso.

Alrededor, pues, de la pregunta relativa a la justificación del castigo, que se ha convertido en el eterno y crónico debate

⁵ PASCUAL MATELLÁN, L., «Hacia un prevencionismo sin límites. La apuesta por la disuasión concentrada», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.

⁶ En realidad, la cuestión sobre el castigo y la función que este debe cumplir es un debate que puede remontarse mucho más atrás. En este sentido, no es infrecuente aludir a autores como ARISTÓTELES, PLATÓN, GROCIO, entre muchos otros. No obstante, el debate tradicional sobre la función de la pena se suele encuadrar en el periodo de la Ilustración, cuando los autores más prominentes del idealismo alemán (KANT y HEGEL esencialmente) formulan sus teorías en torno a la justificación del castigo, como forma de oponerse a una línea de pensamiento coetánea basada en el utilitarismo de autores como BECCARIA, BENTHAM, FEUERBACH, entre otros.

⁷ Tal y como explica ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, 1998, p. 369: «cuando se plantea la misión que desempeña en sociedad el Derecho penal, el primer objeto de análisis que tiende a establecerse es la pena. La sanción penal, caracterizada por su contundencia frente a otros medios de organización social u otro tipo de sanciones jurídicas es, en buena medida, la carta de presentación del Derecho penal, así como su factor diferenciador esencial frente a otras instancias de control. Además, la restricción coactiva de derechos esenciales que la pena conlleva rodea a su discusión de cuestiones de índole valorativa, atinentes a la justificación ética de dicha práctica social. En consecuencia, la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal».

del Derecho penal⁸, se han ido formulando toda una serie de teorías de la pena que darían sentido o una razón de ser a la sanción penal, habiendo casi tantas formulaciones como autores que se han querido aproximar a la cuestión⁹. A pesar de la crítica de la que ha sido objeto la clasificación tradicional de las teorías de la pena¹⁰, lo cierto es que la doctrina ha asumido la división clásica en dos grandes bloques mediante los que se analizan los

⁸ MIRÓ LLINARES, F., «La salud del debate sobre la pena: primeros síntomas tras una revisión sistemática de la literatura 2000-2020», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (DIRS.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante "lo empírico". Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

⁹ Sin embargo, tal y como explica MIRÓ LLINARES, F., «La salud del debate sobre la pena...», *ob. cit.*, p. 44, aunque todavía surjan nuevas propuestas y teorías de la pena, es necesario destacar que «las soluciones siguen esencialmente lo propuesto por autores clásicos».

¹⁰ Así, PEÑARANDA RAMOS, E., y BASSO, G. J., «Capítulo VII. La pena: Nociones generales», en VV.AA. *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 166: «Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la contraposición entre *quia peccatum est* y el *ne peccetur* no solo es innecesaria, sino además inadecuada: es posible y razonable pensar que se castiga porque se ha delinquido y, simultáneamente, para que no se delinca -lo primero afecta al concepto y al fundamento de la pena; lo segundo, a sus concretas finalidades preventivas-. No obstante, esa contraposición es útil para marcar con más nitidez la distinción entre aquellas teorías de la pena que se denominan absolutas (o retributivas) y las que se llaman relativas (o preventivas)». Por su parte, HÖRNLE se muestra bastante crítica con la denominación de «absolutas» a las teorías de la retribución. De acuerdo con esta autora, «el concepto «teoría absoluta» es ambiguo y, a fin de cuentas, puede renunciarse a él. La idea de que no hay que fundamentar las condenas en los tribunales penales o de que se trata de un acontecer que carece de fin se debe rechazar sin más» (HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, Traducción de Nuria PASTOR MUÑOZ, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015). Otros autores que recogen también la crítica a esta clasificación, GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006; CUTIÑO, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; LESCH, H. H., *La función de la pena* (traducido por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), Dykinson, Madrid, 1999; VON HIRSCH, A., «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», en ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, entre otros.

posibles sentidos de la pena y en los que se trata de responder al problema de «por qué y para qué se pena»¹¹: las teorías absolutas y las teorías relativas¹², o si se prefiere, las teorías de la prevención que se insertan en la tradición ética del consecuencialismo, y las retribucionistas que se insertan en cambio en el deontologismo ético¹³. A estas dos corrientes de

¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, Cuarta edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 236; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (DIR.), MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (COORD.), PÉREZ ALONSO, E. J., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., y RAMOS TAPIA, M. I., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General (4ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹² Así, FRISCH, W., «Pena, delito y sistema de delito en transformación», en *Indret*, núm. 3, 2014, pp. 7-8: «Echando un vistazo a la manualística puede parecer atrevido afirmar que en las últimas décadas se habrían producido cambios profundos e irreversibles en el ámbito de las teorías de la pena. En los manuales, ahora igual que antes, se sigue encontrando en la mayoría de las ocasiones esa mezcolanza sobradamente conocida entre las teorías absolutas y diversas teorías relativas de la pena que vienen dominando desde hace siglos la filosofía y la ciencia jurídico-penal».

¹³ ORSINI MARTINELLI, J. P., «Una lectura utilitarista del Derecho penal mínimo», Traducción de José Ángel BRANDARIZ GARCÍA, en *AFDUC*, 17, 2013, p. 507: «En la medida en que el consecuencialismo fundamenta un acto en sus consecuencias, puede afirmarse que se opone a la ética deontológica. Para la deontología, lo que hace que una elección sea correcta es su conformidad con una norma moral. Las normas morales deben ser obedecidas por su mera existencia. Lo correcto debe prevalecer sobre el bien; en consecuencia, si una conducta no es consonante con lo correcto, no puede ser practicada, con independencia del resultado que dejaría de producir». Asimismo, véase NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1991 (4ª ed.), pp. 183. Si bien lo anterior se asume sin demasiados problemas, recientemente se ha venido poniendo en cuestión que incluso aquellas posturas que se han considerado tradicionalmente como puras del deontologismo no lleven incorporado cierto consecuencialismo. Esta discusión se ha dado, especialmente, con respecto a la posición deontológica por antonomasia como es la de KANT. Tal y como han recogido recientemente JOHNSON y CURETON, la interpretación mayoritaria recibida acerca de la filosofía moral de Kant es que esta es esencialmente deontológica o, lo que es lo mismo, que niega los elementos centrales de las tesis teleológicas, ya sea en su vertiente consecuencialista o de teoría de la virtud (esto es, sobre los rasgos del carácter el agente moral). Lo cierto es que, siguiendo con su análisis, son numerosos los lectores de KANT que han puesto en duda esta interpretación mayoritaria (Véase en profundidad JOHNSON, R., y CURETON, A., «Kant's Moral

justificación de la pena se le añadirían las posiciones mixtas, mayoritarias en la actualidad¹⁴ pese a un alegado renacimiento retribucionista¹⁵, y que tratan de superar los problemas que de manera separada presentan las tesis retribucionistas y las prevencionistas¹⁶.

Philosophy», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, publicado el 23 de febrero de 2004 y revisado el 21 de enero de 2022. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/>). Sólo por citar algunos de los intentos más relevantes, los autores destacan al mismo John STUART MILL, quien al inicio del Utilitarismo argumentan que la racionalidad del imperativo categórico solo es sostenible desde la óptica de las consecuencias de la adopción de una máxima universalizable. De manera similar, subrayan el trabajo de HARE cuando explica que cualquier juicio moral es una prescripción universal (ej. Nadie debe matar nunca a otra persona en ningún lugar) que al buscar el bienestar individual finalmente pretende el general. En la misma obra, HARE llega a afirmar que el imperativo categórico no es más que utilitarismo dicho con otras palabras. Para JOHNSON y CURETON, el trabajo de David CUMMISKEY sería otro buen ejemplo de lectura teleológica de la moral kantiana y sus principios rectores universalizables. Más específicamente, para CUMMISEKY la consideración universalista del valor de la humanidad implica tratar los intereses de cada siempre desde la perspectiva de la producción del mejor resultado general (JOHNSON, R., y CURETON, A., «Kant's Moral...», *ob. cit.*).

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*

¹⁵ Tal y como explica RODRÍGUEZ HORCAJO, «lo cierto es que la tan criticada retribución se consolida en el presente como la opción preferida por una amplia mayoría de la doctrina que aborda el estudio de la teoría de la pena. Una retribución que, veremos, está ya tremendamente *aggiornada* y, en esa medida, ha roto amarras con el corazón de la teoría kantiana, pero que en todo caso sigue vinculada de una manera suficientemente intensa con la idea del merecimiento por el hecho pasado» (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias: ¿Todo en uno?», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (DIRS.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante "lo empírico". Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 75). Asimismo, Díez RIPOLLÉS también observa este renacimiento de la teoría retributiva por medio del concepto comunicativo de la pena. Se refiere a las teorías expresivas deontológicas como la formulada por MAÑALICH (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal español Parte General* (5ª edición revisada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 46).

¹⁶ MAÑALICH, J. P., «La pena como retribución. Primera parte: La retribución como teoría de la pena», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, núm. 83, 2007, p. 22.

En la medida en que nuestro objeto de trabajo se va a centrar en una de las teorías de la pena más relevantes en el debate, la prevención general intimidatoria, a continuación, procederemos a exponer las ideas centrales del debate clásico y moderno de la teoría de la pena, en el que han adquirido un gran protagonismo las teorías expresivas y comunicativas del castigo. El objetivo principal del presente capítulo es doble: por un lado, contextualizar nuestro objeto de estudio, los presupuestos fácticos de la prevención general intimidatoria; por otro, poner de relieve la escasa relevancia que en el debate entre unas teorías y otras ha tenido la imbricación de la realidad, del conocimiento empírico que otras ciencias sociales han proporcionado sobre el funcionamiento del castigo. Ello nos permitirá señalar algunas excepciones que, más allá de estar de acuerdo o en desacuerdo con las propuestas realizadas, muestran que no solo es posible incorporar en la justificación del castigo lo que otras ciencias del comportamiento han averiguado científicamente, sino que es, además, deseable.

Todo ello, sin ánimo de exhaustividad y siendo conscientes de que tanto la selección de los autores como de las posiciones y su clasificación es absolutamente parcial y limitada¹⁷. En este sentido, a un lector experimentado en la literatura sobre las teorías de la pena le podrá parecer que, efectivamente, no están todos los autores que son, ni tampoco están todas las posiciones posibles. Sin embargo, el acercamiento a este debate tiene una vocación selectiva y no tanto exhaustiva, de contextualización de la cuestión que interesa a este trabajo de investigación. Asimismo, a nuestro juicio, los autores seleccionados son los que, de algún modo, mejor representarían a cada corriente, siendo ésta la única razón para su inclusión. La omisión de otros autores y posiciones que

¹⁷ Para un resumen, a nuestro juicio, más exhaustivo y completo véase GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, en un sentido de autores clásicos en el debate sobre la función de la pena, y para una actualización de este debate con la incorporación de los posicionamientos también procedentes del ámbito anglosajón, véase RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

un lector entendido en la literatura de la teoría de la pena considere relevantes no se debe interpretar como una forma de evitar las críticas, puesto que dicha selección es completamente criticable y corresponde más a un motivo instrumental con miras a los objetivos de la investigación.

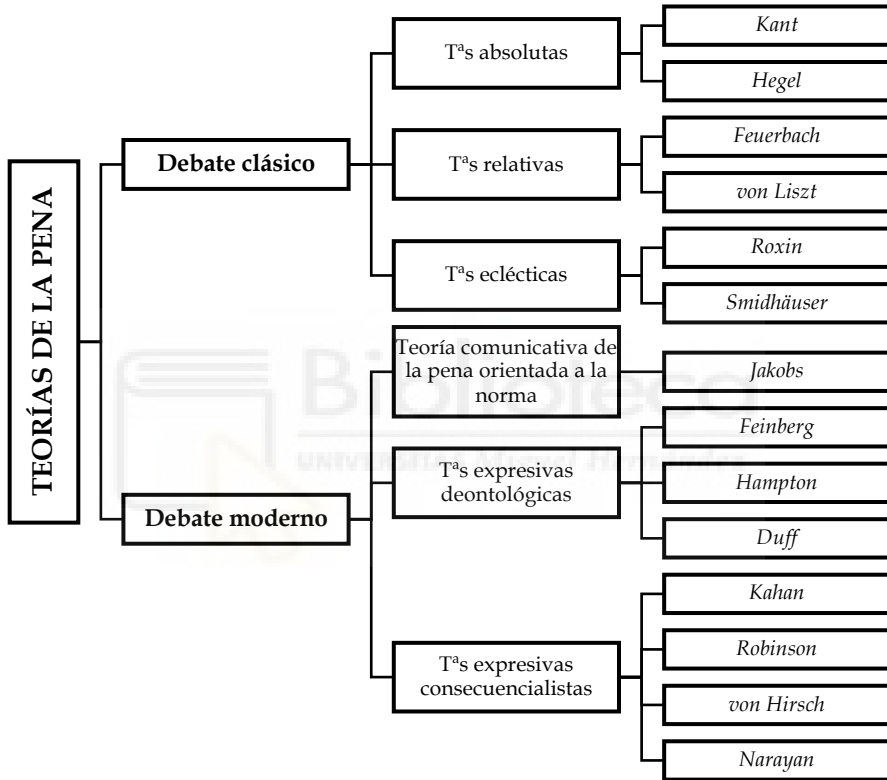


Ilustración 1. Esquema del debate sobre las teorías de la pena. Elaboración propia.

2. BREVE APROXIMACIÓN AL DEBATE CLÁSICO¹⁸

2.1. TEORÍAS ABSOLUTAS

Las denominadas teorías absolutas o de la retribución miran hacia el pasado y justifican la pena en atención al hecho

¹⁸ Como veremos, el debate clásico se ha dirimido tradicionalmente entre las dos posturas anteriormente mencionadas, encabezadas casi siempre por los autores exponentes de cada una, KANT y HEGEL, por un lado, y FEUERBACH y VON LISTZ, por otro. Pese a que estas dos posturas se suelen presentar como antagónicas en el debate sobre la función de la pena, ambas son fruto del Derecho penal de la Ilustración, es decir, del Derecho penal liberal. Así, como maestramente relata MIR PUIG: «Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como un pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un “daño social”. Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho penal contemporáneo y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho penal clásico. Pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de justicia. [...] La discrepancia existente entre las dos direcciones liberales señaladas -la prevencionista y la retributiva- respondía a una distinta concepción del hombre, al que (según ambas, en cuanto liberales) debía servir el Derecho. Mientras que los utilitaristas pensaban en el hombre empírico, el idealismo alemán giraba en torno a un hombre ideal. De ahí que, mientras los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirviera de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre-razón (desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana)» (MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, Casa Editorial, Barcelona, 1982, pp. 26-2).

cometido¹⁹. Parten de una concepción ideal del ser humano²⁰ «inserto en el mundo del deber ser más que en la experiencia y entiende la pena de una forma estática, moral»²¹. Por ello, las teorías de la retribución suelen entender que el castigo no se impone con miras a las consecuencias prácticas que el mismo pudiera tener en términos utilitaristas, sino más bien por una cuestión de justicia²² entendida como concepto trascendental y metafísico. «Retribución significa que la pena debe ser equivalente al injusto culpable según el principio de justicia distributiva»²³. Otro elemento clave es la no instrumentalización

¹⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*; COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal Parte General, 5ª Edición, corregida, aumentada y actualizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; RIGHI, E., *Derecho Penal. Parte General*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008; GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal Parte General. Segunda edición*, Dykinson, Madrid, 2015.

²⁰ Tal y como explica MIGLIARDI, «el surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre -como tal y en sí mismo- y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración» (MIGLIARDI, M. D., «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos», en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011).

²¹ CUTIÑO, S., *Fines de la pena, Sistema Penitenciario y Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 15.

²² RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 236. Y aunque intuitivamente pueda resultar fácil conectar la retribución con la idea de venganza, ello no es así. Así, por ejemplo, entre otros autores, NOZICK ha explicitado las diferencias entre retribución y venganza. Siguiendo a este último autor, hay cinco ideas clave que permiten diferenciar claramente la retribución como forma de castigar con la pena merecida a alguien por su injusto con independencia de un posible efecto disuasorio de ese castigo. En primer lugar, mientras que la retribución se lleva a cabo por un injusto cometido en el pasado, la venganza se puede llevar a cabo por un determinado perjuicio, pero no necesariamente por un injusto. En segundo lugar, mientras que en la teoría de la retribución se da una proporcionalidad en el castigo que se establece en función de la gravedad del injusto, la venganza no tiene por qué ser proporcional. En tercer lugar, la venganza es algo que es puramente proporcional, mientras que en el ejercicio de la

del individuo. O lo que es lo mismo, el castigo no debe imponerse para servir de utilidad a otros, sino que el hombre es un fin en sí mismo²⁴. Por ello, la culpabilidad es la única razón que moralmente justifica el castigo y el mismo se impone en atención al merecimiento²⁵. Tal y como explica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «el principio retribucionista descansa sobre dos principios inmanentes: el reconocimiento de que existe la culpabilidad, que puede medirse y graduarse; y el de que puedan armonizarse la gravedad de la culpa y la pena, de suerte que ésta se experimente como algo merecido por el individuo y por la comunidad»²⁶. Esta finalidad de la pena es defendida,



retribución no se tiene por qué tener ningún vínculo «personal» con la víctima. En cuarto lugar, la venganza tiene un tono emocional que no lo tiene el ejercicio de la retribución. Mientras que en la venganza se puede estar buscando el placer que produce el dolor en el otro, en la retribución lo que se busca es el ejercicio de la justicia. En quinto y último lugar, la retribución está sujeta a ciertos principios generales entre los cuales exige la igualdad en el trato entre sucesos en circunstancias similares, mientras que la venganza no tiene esa vocación generalista. (NOZICK, R., *Philosophical explanations*, Harvard University Press, 1981, pp. 366-368). En contra de lo anterior, LEVY, K., «Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System», en *Rutgers Law Review*, vol. 66. 2014.

²⁴ VILAJOSANA, J. M., *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

²⁵ TORRES ORTEGA, I. C., «La alternativa subjetivismo vs objetivismo en el derecho penal. Análisis desde la base normativa propuesta por Carlos S. Nino», en VIDAURRI ARÉCHIGA, M./CUAREZMA TERÁN, S. J. (DIRS.), *El Derecho Penal en tiempos de cólera*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pp. 411-412.

²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, ob. cit., p. 236.

como es sabido, por autores exponentes como KANT²⁷, HEGEL²⁸, BINDING²⁹, o MOORE³⁰ en el ámbito anglosajón, entre otros. No

²⁷ En toda la manualística, KANT aparece como el máximo exponente de la teoría de la retribución ética o basada en el merecimiento. Para KANT la pena era un «imperativo categórico» y, en consecuencia, una exigencia de Justicia. Rechazaba de todo plano cualquier función utilitarista de la pena (aunque esto es puesto en duda ya por algunos autores como explica HÖRNLE, T., *Teorías de la... , ob. cit.*, en la medida en que, tal y como explica SILVA SÁNCHEZ, KANT al explicar su célebre ejemplo de la isla, acaba estableciendo excepciones por razones de utilidad [SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 189, nota 496]), pues el hombre no puede ser utilizado como un medio para conseguir un fin social. Así, el autor alemán explicaba que: «Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin» (KANT, E., *Fundamentos para una metafísica de las costumbres* (Versión castellana y estudio preliminar de Roberto R. Armayo), Alianza Editorial, Madrid, 2012, p. 137). La exigencia de ese castigo para la realización del ideal absoluto de justicia lo lleva KANT a las últimas consecuencias en su famosa isla: «Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en prisión, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos». KANT renuncia así a cualquier principio cognitivo interesado en la dirección de los individuos puesto que lo importante es el merecimiento del castigo por el hecho cometido.

²⁸ Una segunda forma de justificar la pena en términos retribucionistas era la de HEGEL. En esta ocasión, en un sentido jurídico. Para este autor la pena supone la realización del ideal de justicia por medio de la negación de la negación. La negación que el sujeto infractor ha realizado al ordenamiento jurídico con su acto delictivo es negada a su vez por la negación de la negación que supone la pena. De esta forma, se negaría con la pena la voluntad especial del delincuente y se restauraría la voluntad general plasmada en la norma. De acuerdo con MIR PUIG, se aplica el método dialéctico hegeliano: «la voluntad general (orden jurídico) es la “tesis”, la negación de esta por el delito es la “antítesis” y la negación de esta negación será la “síntesis”, que tendrá lugar mediante el castigo del delito. En esta construcción la pena se concibe solo como *reacción* (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores» (MIR PUIG, S., *Derecho Penal... , ob. cit.*, p. 85). Para HEGEL, tal y como explica VILAJOSANA, «la pena sería un derecho del criminal. Dado que los seres humanos son los únicos

pueden desarrollarse aquí las diferentes propuestas de estos y otros autores defensores de la teoría de la retribución³¹ por cuestiones de espacio y de objeto de la investigación, pero baste con mencionar los distintos problemas que plantean estas teorías absolutas y que son lo suficientemente relevantes como

animales que se pueden comportar racionalmente, el delincuente, al actuar de manera racional y voluntaria cuando comete un delito, tiene el 'derecho' a recibir un castigo como reconocimiento de su humanidad» (VILAJOSANA, J. M., *Las razones...*, *ob. cit.*, p. 21).

²⁹ Para BINDING, también desde cierto retribucionismo jurídico, la pena muestra al delincuente «su impotencia ante la ley» y busca «someterle a la “fuerza victoriosa del Derecho”». Como describe GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 245 «el retribucionismo jurídico de BINDING propugna el sometimiento coactivo del delincuente en aras de la preservación del señorío del Derecho (Bewährung der Rechtsherrlichkeit), aplicándose, eso sí, un mal (pena) proporcionado a la gravedad del hecho cometido y a la culpabilidad del autor».

³⁰ Para MOORE, el merecimiento de pena no solamente justifica la pena como condición necesaria, sino que además para el autor es condición suficiente. Así, la sociedad no solamente puede condenar o imponer una pena al culpable de cometer el delito, sino que además debe hacerlo. Véase su posición en MOORE, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

³¹ Lo correcto sería hablar de «teorías de la retribución» dado el elevado número de propuestas que se insertan en esta línea de pensamiento. COTTINGAM, por ejemplo, distingue al menos nueve teorías distintas a las que se las ha etiquetado como retribucioncitas. (COTTINGHAM, J., «Varieties of retribution», en *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, núm. 116, 1979). Para un catálogo incluso más extenso, véase y cfr. WALKER, N., *Aggravation, Mitigation, and Mercy in English Criminal Law*, Blackwell, Londres, 1999. En el ámbito del Derecho penal español, JIMÉNEZ DE ASÚA también clasificó las distintas corrientes de la retribución. Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN remiten a su *Tratado* en el que clasifica las teorías retributivas en las siguientes: «este autor clasifica las que llama *teorías morales* (que vienen a coincidir con las que hemos denominado *absolutas*) en la siguiente forma: a) Teoría del contrato social (Rousseau, Beccaria); Teorías de la retribución, entre las que habla de una retribución “divina” (de Maistre), vindicativa (Dürhing), expiatoria (Pessina, Kohler, Sauer), moral (Kant), estética (Leibniz), y jurídica (Hegel, Köstlin, Birkmeyer); c) Teoría del resarcimiento del daño ideal (Welcher); y d) Teoría de la transformación del derecho a la obediencia (Binding)» (COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 810)

para que en la actualidad se suele rechazar³² la fundamentación de la pena basada *únicamente* en el principio de la retribución, o al menos sus aspectos más absolutos.

A las teorías de la retribución hay que concederles, por ahora, que ponen de manifiesto la necesidad de que haya proporcionalidad entre la pena y el delito³³. La pena así entendida constituye un propio límite de garantía³⁴ para el propio ciudadano³⁵. De acuerdo con estas teorías, no puede castigarse un delito más allá de su gravedad, aunque con ello se

³² Siguiendo a TEIXEIRA, A., «Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo», en *En Letra: Derecho Penal*, núm. 7, 2018, pp. 35-36, este rechazo es más claro en el Derecho penal de influencia germana o continental que en el angloamericano: «En Alemania, la teoría de la retribución es equiparada automáticamente a las teorías de la pena del idealismo alemán, asociadas a Kant y Hegel. Aunque en las últimas décadas se ha observado un renacimiento de las teorías absolutas de la pena a través de una exégesis sofisticada de los clásicos, se afirma que la teoría retributiva “pura prácticamente ya no es defendida” o que “ya no es científicamente sostenible”, al menos en ese país. En la discusión angloamericana, el retribucionismo (como es denominada allí esta teoría) es probablemente -desde su resurgimiento en la década de 1970 como consecuencia de la decadencia teórica y práctica del utilitarismo- la opinión dominante en el ámbito angloparlante».

³³ Escéptico al respecto es ÁLVAREZ GARCÍA cuando le critica a las teorías de la retribución que supongan un «mito de la retribución como límite de la pena». Para el autor, «en todo caso, lo que no queda en absoluto claro es que solamente partiendo de la teoría de la retribución se pueda poner límites a la intervención estatal», a lo que añade que «de proporcionalidad se puede hablar partiendo de postulados de justicia, de finalidades preventivo generales, de dignidad de la persona humana, etc., pero entiendo que no de retribución a no ser que por retribución se entendiera proporcionalidad o que retribución se equiparara a justicia y ésta a proporcionalidad, lo que, como se verá más adelante, no parece admisible» (ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, pp., 99-100)

³⁴ Así, se habla de la teoría de la retribución como una teoría garantista, que permite identificar en primer lugar a quién hay que castigar (al culpable) y cuánto hay que castigarlo (de forma proporcional al hecho cometido) (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, ob. cit.)

³⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 86.

podieran conseguir beneficios preventivos³⁶. Como resume CUTIÑO:

La retribución nos permite determinar las penas, al menos idealmente, a partir del principio de proporcionalidad. En este mismo sentido, ofrece a los tribunales de justicia una guía para la imposición de las penas, la gravedad del delito. Esta idea de la proporcionalidad entre gravedad del delito y pena impuesta es fácilmente comprensible por la sociedad, que la considera justa y racional, lógica y éticamente plausible³⁷.

Ahora bien, tal y como explica MIR PUIG, si bien es necesario una proporcionalidad entre el delito y la pena, de ello no se deriva inmediatamente la validez de la teoría de la retribución. En este sentido, la proporcionalidad puede funcionar como un límite a la función punitiva del Estado, pero no necesariamente fundamenta la función de la pena³⁸. Por lo demás, cabe decir que las teorías de la retribución no han sido seguidas ni por la doctrina mayoritaria ni por las legislaciones en su sentido más puro. Las razones para rechazarlas son varias: a) estas teorías tienden a justificar una suma de males; b) aun cuando se aspira al ideal de una proporcionalidad entre el delito y la pena, esta idea en la práctica plantea más problemas de lo

³⁶ *Ibidem.*: «No se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se oponía a que el individuo fuese utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes. En la actualidad, ello ha servido de base a un sector de la doctrina para justificar la vuelta a la concepción retributiva como el único modo de impedir los excesos que en nombre de la prevención cometió el Estado nacionalsocialista del III Reich. En la misma línea cabría situar una cierta tendencia a volver la mirada hacia la retribución como forma de evitar una excesiva intervención del Derecho penal que se aprecia, en parte, en los últimos años».

³⁷ CUTIÑO, S., *Fines de la pena...*, *ob. cit.*, p. 25.

³⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 86. En un mismo sentido, BAGARIC, M., y AMARASKEKARA, K., «The Errors of Retributivism», en *Melb. U. L. Rev.*, 124, 2000, p. 127: «[...] la opinión de que el castigo debe ser proporcional a la gravedad del delito no proporciona una justificación para el castigo, sino que también actúa simplemente como un freno al mismo. Tal afirmación tampoco es claramente retribucionista. Los utilitaristas también son conocidos por invocar el principio de proporcionalidad».

que cabría esperar: ¿cuándo una pena es proporcional a la gravedad del delito y cómo se mide esa relación?; c) la idea de libertad y las dificultades que implica la idea misma de libre albedrío; d) el Estado no debe perseguir la realización del ideal de la Justicia, sino que tiene una función protectora de la sociedad³⁹. A todas estas críticas cabría añadir una más: e) estas teorías tienden a quedarse en el mundo de lo ideal, ajenas a la realidad social en la que deben insertarse⁴⁰. En este sentido y como pone de relieve HASSEMER «al final este interés en obviar el terreno de lo real no ha sido una buena idea, pues ha impedido que las teorías retributivas hayan alcanzado el nivel

³⁹ Así, como resumen BUSTOS RAMÍREZ, J. J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal (Volumen I)*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 47: «en el caso de Kant tenemos que mencionar su punto de partida ético. Éste ha llevado a plantear el problema de la pena desde un orden absoluto de verdades o valores. Se olvida que una investigación sobre la pena no es un problema metafísico o teológico, sino que está dentro de un determinado sistema social del cual el derecho es su expresión. En segundo lugar, la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto presupone un hombre dotado de libertad absoluta, lo que no es demostrable y no pasa de ser un axioma dogmático. En tercer lugar, la pena entendida como retribución no parece compatible con un Estado democrático. En efecto, que la teoría retributiva en Kant sólo consista en un mal, lo que inevitablemente nos lleva a asociarla a la idea de venganza, no es compatible con la dignidad de la persona. Tampoco la afirmación del derecho como expresión de la racionalidad absoluta, y que además se presume, es compatible con un sistema social y democrático de derecho, donde la libertad e igualdad son una propuesta de acción, una meta a conseguir, y no una realidad. Lo racional no se identifica con la realidad social». Véase, asimismo, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones...*, *ob. cit.*, pp. 92 y ss.; también VILAJOSANA, J. M., *Las razones...*, *ob. cit.*; o SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*, p. 322.

⁴⁰De este modo, para SCHÜNEMANN, «a pesar de que la teoría del derecho penal angloamericano también se da en la actualidad esa sorprendente “eterna vuelta de lo mismo”, yo comparto el profundo escepticismo del homenajeador respecto todos los intentos de poder fundar completamente la pena sobre base filosófica trascendental» (SCHÜNEMANN, B., «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant», en *Indret*, núm. 2, 2008, p. 3).

de justificación que actualmente se exige a las intervenciones estatales»⁴¹.

2.2. TEORÍAS RELATIVAS

Por lo que se refiere a las teorías relativas⁴², se dice que éstas miran hacia el futuro⁴³. Esto es, a la necesidad de que el Derecho penal pueda evitar la comisión de nuevos delitos por medio de la pena, bien sea mediante la influencia que la pena pueda ejercer en la comunidad (prevención general), bien sobre la influencia que la misma pueda tener en una persona que ya ha cometido el delito y ha sido castigado para evitar que vuelva a cometer un hecho delictivo (prevención especial), estableciendo unos objetivos para la pena mucho más terrenales que las teorías absolutas⁴⁴. Se justifica la pena porque la misma tiene una utilidad⁴⁵. Son ahora «teorías del fin, de la protección o de la prevención»⁴⁶. En estos supuestos, el principio prevencionista descansa igualmente sobre tres principios inmanentes: «la posibilidad de enunciar un juicio de pronóstico mínimamente seguro respecto a la conducta futura del sujeto; la de que la pena pueda incidir de tal manera en la peligrosidad diagnosticada que ciertamente produzca un efecto preventivo; que mediante

⁴¹ HASSEMER, W., *¿Por qué castigar...*, ob. cit., p. 76. En un sentido similar, explica VORMBAUM que la teoría penal alemana y la dogmática jurídico-penal están caracterizadas por una “espiritualización de lo social”. Los conocimientos científico-sociales acceden sólo en forma muy sublimada al edificio teórico, a diferencia de lo que acontece en Francia y en los países anglosajones” (VORMBAUM, T., *Historia moderna del Derecho penal alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 87).

⁴² Son relativas porque, a diferencia de las teorías absolutas, la pena no es sino un medio para conseguir un fin de prevenir el delito que es relativo, es decir, cambiante (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Otra vez la vuelta a von Listz?», LISTZ, F. V., *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo (1882)*, Comares, Granada, 1995).

⁴³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, ob. cit.

⁴⁴ CUTIÑO, S., *Fines de la pena...*, ob. cit.; HASSEMER, W., *¿Por qué castigar...*, ob. cit.

⁴⁵ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 815.

⁴⁶ SAUER, W., *Derecho penal (Parte General)* (traducido de la 3ª edición alemana por Juan DEL ROSAL y José CEREZO MIR), Bosch, Barcelona, 1956)

la pena pueda lucharse eficazmente contra las inclinaciones y tendencias criminales»⁴⁷. Así, podríamos decir que los elementos nucleares de las teorías de la prevención son la necesidad de la pena, la utilidad de esta y el entendimiento de la pena como un mal necesario⁴⁸.

En este otro bloque son dos las propuestas fundamentales⁴⁹: la prevención general y la prevención especial⁵⁰. En este apartado consideraremos solamente la prevención general negativa cuyo máximo exponente o propuesta arquetípica en el Derecho penal continental es FEUERBACH, y la prevención especial cuyo autor por antonomasia es VON LISTZ. La razón de dejar fuera a la prevención general positiva abanderada principalmente por JAKOBS, a diferencia de la manualística, es que la misma será tratada en el siguiente subapartado como una de las teorías que podríamos llamar «modernas»⁵¹ y la incluiremos dentro de las teorías comunicativas de la pena. Así, siguiendo el planteamiento de la prevención general negativa, la pena es un medio que se dirige a la generalidad para evitar que se cometan delitos en el futuro⁵². En este sentido, la pena constituye un mal con el que se amenaza a los ciudadanos para que se abstengan de realizar delitos. Como veremos más adelante, para

⁴⁷ *Ibid.*, p. 237.

⁴⁸ TORRES ORTEGA, I., «La alternativa...», *ob. cit.*, pp. 411-412.

⁴⁹ Al igual que con las teorías retribucionistas, JIMÉNEZ DE ASÚA también distingue entre distintas teorías relativas. Así, como dan cuenta COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 815: «Jiménez de Asúa clasifica las teorías relativas o utilitarias según se funden en la prevención general por intimidación (Filangieri, Klein), en la prevención general por coacción psíquica (Feuerbach, Impallomeni), en la prevención general por la advertencia (Bauer), en la prevención general por medio de la defensa (Romagnosi, Bentham), en la prevención especial y general (von Liszt), a las que pudiera añadirse la teoría correccionalista (Roeder, Dorado Montero)»

⁵⁰ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*

⁵¹ Siguiendo a MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena ante el “paso empírico” del Derecho penal», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, quien también le añade tal adjetivo.

⁵² MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 88

FEUERBACH la pena coacciona psicológicamente a los ciudadanos y lo importante es la coacción que se produce con la conminación penal⁵³. Por su parte, la prevención especial⁵⁴ no se dirige a la generalidad, sino que se centra en el individuo que ya ha cometido un delito con el objetivo de que no lo vuelva a realizar. A diferencia del caso anterior en el que el momento central era la conminación, en la prevención especial la pena ejerce su función en el momento de la imposición y la ejecución de la pena. Para VON LISTZ, en este sentido, la pena solo puede justificarse por su capacidad preventiva⁵⁵. Quizás la propuesta más conocida al respecto de VON LISTZ sea el programa de Marburgo en el que dejó asentadas las siguientes ideas sobre la pena: «1) la pena correcta, es decir, la justa, es la pena necesaria, la que se determina con arreglo a la prevención especial; 2) la finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la Criminología»⁵⁶.

En relación con la primera, a la prevención general negativa se le han criticado fundamentalmente tres aspectos. El primero, y que se contrapone a lo argumentado por KANT, es que con ella se utiliza al hombre como un medio para conseguir

⁵³ FEUERBACH, P. J. A R. V., *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (traducido de la 14ª edición alemana por Eugenio RAÚL ZAFFARONI e Irma HAGEMEIER), Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

⁵⁴ Aunque aquí solamente se haga referencia a VON LISTZ, es necesario tener en cuenta que las tesis preventivo-especiales se articularon en torno a tres grandes tendencias: «el “Correccionalismo” español, basado en un Derecho protector de los criminales (ARENAL y SILVELA); el “Positismo criminológico” italiano, que llegaría a proponer la sustitución de las penas por medidas de seguridad (LOMBROSO, GAROFALO Y FERRI); y, por último, la denominada “Dirección moderna alemana” o “Dirección político-criminal”, encabezada por VON LISTZ (“Positismo naturalista”)» (MIRÓ LLINARES, F., *Proyecto Docente*, no publicado, manuscrito cedido por el autor, p. 29).

⁵⁵ Véase VON LISTZ, F., *Tratado de Derecho Penal* (Traducido por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), 4ª edición, Reus, Madrid, 1999.

⁵⁶ MIR PUIG, S, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 91-92. Los tipos de delincuentes eran los siguientes: el delincuente ocasional, el no ocasional pero corregible y el delincuente habitual incorregible. La función de la pena para el primero era la intimidación, para el segundo la corrección o resocialización y, para el tercero la inoquización.

un fin⁵⁷. El segundo aspecto que se le reprocha a esta teoría es que es demasiado simple porque no atiende a las características de cada sujeto: es una teoría que ignora sobremanera la psicología del sujeto infractor⁵⁸. Por último, la crítica, quizá de mayor peso para la dogmática, es que una concepción de la pena de estas características podría llevar en la práctica al ejercicio del

⁵⁷ Así explica BACIGALUPO que «la capacidad legitimante de la *finalidad preventiva*, es decir, lo que hasta entonces permitía diferenciar la pena de la venganza, fue puesta en tela de juicio a fines del siglo XVIII. El idealismo alemán se diferencia del iluminismo en que la diferencia entre pena y venganza debe ser consecuencia de la *dignidad de la persona*: la persona es un *fin en sí misma y no puede ser un medio para alcanzar otros fines*. En este contexto toda finalidad preventiva carece de legitimidad. Dicho de otra manera, cambia la manera en la que el autor del delito debe ser tratado por la sociedad. La dignidad de la persona debe operar como un límite a la fundamentación del derecho penal en la razón instrumental. Por lo tanto, lo que justifica la pena, es decir la reducción de la libertad, es la justicia de la misma, su proporcionalidad con el mal causado por el delito. Con otras palabras, su proporcionalidad con la culpabilidad del autor: “El efecto jurídico de la culpabilidad -decía Kant- es la pena (poena)”» (BACIGALUPO, E., «Filosofía e ideología de las teorías de la pena», en *Derecho y Humanidades*, vol. 1, núm. 16, 2010, p. 21). En un mismo sentido, FRISCH, W., «Pena, delito ...», *ob. cit.* Incluso FEUERBACH intentó zafarse de esta objeción, pero, como describe GRECO, finalmente tuvo que admitir que, aunque de forma indirecta, se estaba utilizando al hombre como un medio y no como un fin. «Irónicamente, el propio Feuerbach se sirvió de esta objeción contra otras teorías. Las “teorías de la intimidación”, así llamadas por él, que ven el fin de la imposición de la pena en la intimidación general, a su entender no trata al condenado como un fin en sí mismo. Su propia teoría no tendría este problema, pues la intimidación sería el fin de la conminación penal, no de la imposición de pena. La imposición de pena sólo apuntaría a confirmar la realidad de la conminación, pero no a intimidar directamente a otros. Aunque ante el hecho de que la pena sirviera para confirmar la seriedad de la conminación podría parecer poco claro que efectivamente se evadiera la objeción, poco tiempo después Feuerbach pasó a una formulación que ni siquiera pretendía eludir ese reparo: en su manual reconoció que “el fin indirecto (meta final) de la imposición de pena es, asimismo, la mera intimidación de los ciudadanos mediante la ley”» (GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015).

⁵⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

terror penal⁵⁹. Del mismo modo, contra la prevención especial también se han objetado diversas cuestiones. Entre ellas que, al poner el foco en el momento de la imposición y la ejecución de la pena, esta teoría no podría fundamentar el momento de la conminación legal abstracta ni la institución de la pena como tal⁶⁰. Por otro lado, las propias ideas de «peligrosidad» y «resocialización» son cuestionables tanto de un punto de vista normativo, como desde un punto de vista empírico⁶¹.

De otro lado, si respecto a las teorías absolutas se ha indicado que suelen quedarse en el ámbito de lo ideal, es decir, que no necesitan atender a la realidad porque la justificación del castigo basada en la retribución no lo requiere, y esto las convierte en teorías débiles para justificar la pena en el marco de un determinado Estado, concretamente un Estado social y democrático de Derecho al que se le asigna al Derecho penal una finalidad protectora y preventiva, también es cierto que asumir estos fines implica que los defensores de algún fin prevencionista están en cierta medida «atados» a las consecuencias evaluadas empíricamente. Así, para HASSEMER

⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano...*, *ob. cit.*; MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*; GIL GIL, A., LACRUZ LÓEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho...*, *ob. cit.*; BUSTOS RAMÍREZ, J. J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho...*, *ob. cit.*

⁶⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 288

⁶¹ *Ibid.* De ahí también todas las problemáticas que surgieron a nivel empírico y que propiciaron el declive del ideal resocializador. Como explica SILVA SÁNCHEZ, el decaimiento de estas teorías se produjo tanto por razones teóricas como prácticas: «por un lado, se ha dudado de la legitimidad de la absolutización del ideal resocializador por encima de otras consideraciones de proporcionalidad con el hecho cometido, igualdad de trato, etc.; más radicalmente, se ha puesto en tela de juicio la legitimidad de una intervención que puede tener como resultado una injerencia inaceptable en el esquema de valores del delincuente, con la finalidad de modificarlo. Por otro lado, se han dirigido también serias objeciones en contra de la viabilidad de un propósito resocializador en condiciones de privación de libertad» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*, p. 323). Sobre el rechazo a este ideal, también véase DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, BdeF, Buenos Aires, 2007.

mientras que las teorías retributivas, como se ha apuntado anteriormente, tienden a obviar la realidad en la que se insertan porque no le es necesaria una referencia a ella, las tesis preventivas tienen que lidiar con «dos incómodas afirmaciones con las que tienen que enfrentarse»⁶². Por un lado, demostrar «que la conminación penal, la imposición de la pena y la ejecución de la misma realmente producen los efectos preventivos especiales y generales que se pretenden; es decir, que en verdad mejoran al delincuente y apartan a los demás de la comisión de un delito»⁶³. Por otro, verificar «hasta qué punto estos efectos positivos no son neutralizados o incluso perjudicados de forma notable por los daños colaterales que producen»⁶⁴. No obstante, tal y como se sostendrá en el *capítulo II*, lo cierto es que no cabe decir que en la dogmática penal que ha defendido la función preventiva del Derecho penal y ha afirmado que la pena puede tener tales efectos, haya partido efectivamente del conocimiento empírico para evaluar tales afirmaciones fácticas⁶⁵, asumiendo que la pena tiene capacidad para conminar a la ciudadanía en abstracto y también en concreto, cuando que tenga capacidad en abstracto no tiene que significar necesariamente que lo logre en concreto.

2.3. TEORÍAS MIXTAS

La «evidencia» de que no resulta plausible sostener un principio u otro como único criterio legitimador de la pena propicia⁶⁶ el

⁶² HASSEMER, W., *¿Por qué castigar...*, *ob. cit.*, p. 76.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 77.

⁶⁵ MIRÓ LLINARES, F., «La función...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la función de la pena desde las evidencias sobre el cumplimiento normativo», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M., CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (COORDS.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Uruguay, 2017.

⁶⁶ Así, ante las críticas que cabía objetar a cada una de las posiciones en el debate de la función de la pena, surge la «lucha de escuelas». Siguiendo a MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 94: «tuvo lugar a principios del siglo XX en Alemania dejara paso a una dirección ecléctica, iniciada por Merkel, que desde entonces ha venido constituyendo la opinión dominante en aquel

surgimiento de las posiciones mixtas, unitarias y eclécticas que tratan de acoger los aspectos positivos y suprimir los negativos de las anteriores⁶⁷. Estas posiciones mixtas parten de un presupuesto común: el de «asignar al Derecho penal la función de la protección de la sociedad»⁶⁸. A partir de ahí podemos distinguir dos grandes direcciones⁶⁹: por un lado, las teorías que entienden que lo que justifica la imposición del castigo es un principio retributivo (merecimiento), pero que viene limitado por el principio de la prevención, y por otro las teorías que mantienen que la justificación de la imposición de la pena viene dada por el principio de la prevención limitado por un principio retributivo⁷⁰.

país» Asimismo, véase COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 818 y ss.

⁶⁷ Para RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Pena (Teoría de la)», en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 16, 2019, p. 228.

⁶⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 94.

⁶⁹ Aunque como explica también SILVA SÁNCHEZ, dentro de esta categoría también se engloban diferentes conjuntos de teorías. Por un lado, las teorías que parten de un fin retributivo pero que se completan con fines preventivos; las teorías que parten de un fin preventivo pero que establecen límites retributivos. Asimismo, dentro de estas también cabe distinguir entre aquellas teorías que en la parte preventiva se refieren a la prevención general o especial. Por otro lado, también se pueden clasificar este tipo de teorías en función de si se enuncian los criterios sin establecer un orden entre ellos, y las teorías que establecen tal orden en función de los diferentes momentos de la pena (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*, p. 325).

⁷⁰ MAÑALICH, J. P., «La pena como retribución...», *ob. cit.*, p. 22. En un mismo sentido MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 94-95, cuando explica que «dejando a un lado los innumerables matices, cabría distinguir dos grandes direcciones. Por una parte, quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución. Ésta constituye una posición ‘conservadora’, representada por el Proyecto ministerial alemán de 1962. Por otra parte, un sector ‘progresista’ de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de *límite máximo* de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena *superior* a la merecida por el hecho cometido»

Particularmente exponentes de las teorías *eclecticas* han sido ROXIN⁷¹ y SCHMIDHÄUSER⁷², aunque son mayoría los autores que

⁷¹ Así, ROXIN atribuye a la pena una función diferente dependiendo del momento temporal de la misma. Indica que «la teoría de los fines de la pena debe tomar en cuenta la dimensión temporal de la realización del Derecho Penal. Esta dimensión temporal va desde la pura prevención general en las conminaciones penales, pasando por la conminación entre la prevención general y prevención especial al momento de imponer la sanción, hasta llegar a la clara preeminencia de la prevención especial en la ejecución de la pena y de las sanciones no privativas de libertad» (ROXIN, C., «Cambios en los fines de la teoría de la pena» en la *Teoría del delito en la discusión actual* (traducción de Manuel ABANTO VÁZQUEZ), Editorial Grijley, 2007, p. 85. Para ROXIN, «la pena sirve a las finalidades de prevención especial y general. Está limitada en su intensidad por la medida de la culpabilidad, pero puede quedar por debajo de este límite, en la medida en que las necesidades de prevención especial lo hagan necesario y no se opongan a ello necesidades de prevención general. Caso de entrar en contradicción ambos fines, la finalidad preventivo-especial de resocialización pasa al primer lugar. Aun teniendo en cuenta esto, la prevención general domina las amenazas penales y justifica por sí sola la pena aun cuando falle o fracase la finalidad de prevención especial. Sin embargo, no podría darse una pena preventivo-especial carente de toda finalidad preventivo-general, a pesar del absoluto dominio del fin de resocialización en la ejecución» (ROXIN, C., *Strafrecht, ATi, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 21 ed.*, 1994, citado por BOTTKE, W., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ED.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1997). Como explica MEINI, I., «La pena: función y presupuestos», en *Derecho PUCP*, núm. 71, 2013, pp.154-155, «el punto de partida de la teoría preventiva de la unión es reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución de la culpabilidad tenga cabida en la legitimación de la pena al no poder explicarse metafísicamente una intervención estatal como la pena. Según esta concepción, la pena cumple funciones de prevención especial y de prevención general, y queda limitada por la culpabilidad del sujeto, lo que la haría proporcional frente a su responsabilidad. No obstante, es posible reducir la sanción a imponer si existen razones preventivo-especiales que lo ameriten [...] siempre y cuando las exigencias preventivo-generales no se opongan a ello, es decir, siempre y cuando la atenuación de la pena no afecte a la confianza en el derecho».

⁷² En el caso de SMIDHÄUSER, tal y como explica MEINI, I., «La pena...», *ob. cit.*, pp. 153 y ss., este diferenciaba entre la teoría de la pena en general de los momentos de la pena. Así, «en el marco de la “teoría de la pena en general”, diferencia el sentido (*Zweck*) de la pena, que es combatir la

acaban defendiendo una posición unitaria. Sin embargo, tampoco han estado exentas de críticas las posiciones mixtas sobre la función de la pena. Entre las principales se señala el intento de unir ideas que, en realidad, resultan incompatibles, dando lugar a antinomias⁷³. Así, en lugar de superar las dificultades de las posiciones anteriores, lo que producirían es la suma de las contradicciones⁷⁴.

criminalidad, del fin (*Ziel*) de la pena, que sería mantener la criminalidad dentro de los límites que permitan la convivencia social. En este escenario adquiere especial importancia la prevención general: la condena sirve de amenaza a la colectividad de lo que ocurre en dicho ordenamiento jurídico ante un hecho semejante (prevención general negativa), y muestra al mismo tiempo la validez de la norma (prevención general positiva). Se descarta aquí la prevención (resocialización), porque llevaría a prescindir de la pena cuando no existiesen probabilidades de reincidencia y extendería el tratamiento penitenciario hasta alcanzar la mejora del interno». Y con respecto a los distintos momentos en los que se desarrolla la pena, este autor indicaba que, «(i) al legislador la pena le permite resaltar el valor de la sociedad y la idea de justicia; (ii) a los órganos de persecución penal (por ejemplo, Policía y Ministerio Público) les compete esclarecer los delitos y llevar al infractor ante el juez; (iii) al juez le atribuye la obligación de juzgar con arreglo al principio de legalidad y sancionar comparando las penas previstas para otros delitos y para los delitos que el infractor haya podido cometer; (iv) a los funcionarios de ejecución penal les reconoce el deber de ayudar al interno a que aproveche el tiempo en prisión; (v) el condenado ha de procurar librarse de su culpabilidad -lo que se asemeja a la expiación-, y (vi) la sociedad ha de dar por purgada la pena y aceptar el regreso del sujeto (conciliación)».

⁷³ En este sentido SILVA SÁNCHEZ: «Las teorías de la unión no pueden estimarse el punto final de la evolución de las doctrinas legitimadoras de la intervención final. Si bien limitan los aspectos negativos de cada una de las teorías preexistentes, fracasan en la resolución de las antinomias de fines que, sin duda, aparecen, y, al menos a mi juicio, infravaloran la significación del Derecho penal como institución garantística» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, ob. cit., p. 326).

⁷⁴ MIRÓ LLINARES, F., *Proyecto Docente...*, ob. cit.; BUSTOS RAMÍREZ, J. J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho...*, ob. cit., pp. 53 -54.

3. BREVE APROXIMACIÓN AL DEBATE MODERNO

Las teorías expresivas y comunicativas⁷⁵ suponen un cierto aire renovador en las teorías de la pena⁷⁶. Como expresa RODRÍGUEZ HORCAJO,

[...] mientras que en el mundo de influencia germánica se seguía, y se sigue, como decíamos antes, identificando a grandes rasgos teorías absolutas con teorías retributivas, desde el mundo anglonorteamericano, que obvia en mayor medida la discusión sobre etiquetas y clasificaciones, se ha avanzado una nueva visión de la pena, las teorías expresivas, que cada vez tiene más eco entre los teóricos con independencia de su procedencia⁷⁷.

⁷⁵ La diferencia entre expresiva y comunicativa es que, mientras que la expresión implica unidireccionalidad, la comunicación implica bidireccionalidad, un diálogo. Para ANDERSON y PILDES, por ejemplo, cuando se expresa se está simplemente manifestando algo. En cambio, cuando se comunica lo que se pretende es conseguir que los demás reconozcan aquello que se está comunicando (ANDERSON, E., y PILDES, R. H., «Expressive theories of law: a general statement», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 2, 2000, p. 1565).

⁷⁶ Así, para PÉREZ BARBERÁ, «gracias a estas teorías pudo apreciarse en la doctrina europeo-continental contemporánea que la identificación de la retribución con una teoría “absoluta”, y de la prevención con teorías “relativas” de la pena simplificaba demasiado la discusión, y ello contribuyó a enriquecer el panorama bibliográfico sobre el tema», PÉREZ BARBERÁ, G., «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», en *Indret*, 4, 2014, p. 2; CARUSO FONTÁN, V., «¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 21-24, 2019.

⁷⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano...*, ob. cit., p. 42. Si bien para algunos autores, esto no siempre ha sido así. De acuerdo con KAHAN, la visión sobre la dimensión expresiva de la pena como la de FEINBERG o NOZICK no es una visión ortodoxa. En su opinión, la disuasión y el retribucionismo son las dos grandes teorías que han acaparado la teorización de la pena. En este sentido, hasta un tiempo relativamente reciente, las teorías expresivas de la pena habían sido ignoradas deliberadamente por la literatura (KAHAN, D., «What Do Alternative Sanctions Means?», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 2, 1996, p. 595).

Llevar a cabo una taxonomía de todas las teorías expresivas y comunicativas y sus diferentes formulaciones escapa de nuestro objetivo, por lo que se ha optado por hacer una diferenciación básica entre la teoría comunicativa de la pena orientada a la norma, las teorías expresivas deontológicas y las teorías expresivas consecuencialistas⁷⁸. A nuestro juicio, lo que diferencia a este debate del anterior es, por un lado, el elemento esencial de la expresión de censura, desaprobación o indignación que la pena transmite; y, por otro, la centralidad de la pregunta sobre el papel de las consecuencias (las que tienen que ver con la evitación del delito) en la justificación del castigo, y la graduación de las posiciones con respecto a si estas consecuencias son irrelevantes, secundarias o esenciales.



⁷⁸ Otros autores, por ejemplo, clasifican estas teorías en función de si dependen de una determinada audiencia que puede ser el propio delincuente o la sociedad, o no. Así, WRINGE explica que algunos autores justifican el castigo dependiendo de si la norma penal expresa un determinado mensaje al delincuente, otros autores entienden que el mensaje va más bien dirigido a esa sociedad en la que se inserta el delincuente, y otros autores justifican la expresión en que consistiría el castigo con independencia de ninguna audiencia (WRINGE, B., «Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression», en *Philos Stud*, 2017, p. 682). MCADAMS, en cambio, atendiendo a los efectos directivos de la pena diferencia entre teoría expresiva de los efectos de la ley, teoría político-expresiva de la ley, teoría normativa de la ley expresiva y la teoría normativa de la conducta expresiva (MCADAMS, R., *The expressive powers of law: Theories and limits*, Harvard University Press, 2015, p. 13).

3.1. LA TEORÍA COMUNICATIVA DE LA PENA ORIENTADA A LA NORMA⁷⁹

⁷⁹ Como se verá a continuación, la creación de un apartado distinto dentro de las teorías expresivas y comunicativas para encuadrar únicamente la posición de JAKOBS se debe principalmente a la necesidad de diferenciar esta postura con respecto a las teorías del debate clásico, pero también con respecto a las teorías expresivas procedentes en su mayoría del ámbito anglosajón. Este posicionamiento en particular tiene una relevancia considerable en el ámbito de la discusión sobre las teorías de la pena hispanohablante (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La influencia de la obra de Günter JAKOBS en el espacio jurídico-penal hispanohablante», en *Indret*, núm. 1, 2019), tanto que no hay manual que no lo trate. Pero, asimismo, la postura del autor, y más considerando las diferentes variaciones, es lo suficientemente compleja como para que dependiendo del autor que analiza la cuestión se encuadre en un sitio u otro (CUTIÑO, S., *Fines de la pena...*, ob. cit.). Son muchos los que han visto en el autor una clara referencia a la retribución jurídica de HEGEL, una retribución funcional o un neorretribucionismo. Pero también y especialmente a la luz de sus últimas aclaraciones o «giro fáctico» (a las que SILVA SÁNCHEZ respondió con un «Bienvenido de nuevo al mundo real, querido Prof. Jakobs» [SILVA Sánchez, J. M., «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günter JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. CANCIO MELIÁ y B. FEIJÓO SÁNCHEZ), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.», en *Indret*, núm. 4, 2006, p. 6]), lo acercan a una posición ecléctica, o como sostiene RODRÍGUEZ HORCAJO, a una posición muy cercana a las teorías expresivo-consecuencialistas (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, ob. cit., p. 78). En cualquier caso, a nuestro juicio, esta teoría merece un apartado distinto en la medida en que, si bien es cierto que el elemento de la comunicación es totalmente esencial, como sería en el caso de DUFF, también lo es que en el planteamiento de JAKOBS no está presente esa carga retribucionista moral que apela a una censura incluso emotiva al delincuente. Asimismo, si bien es cierto que en su último planteamiento da una importancia a la prevención general intimidatoria y a los efectos de esta para persuadir a los delincuentes de evitar la realización de delitos que lo acerca también a posturas expresivo-consecuencialistas, sigue faltando esa parte importante de carga emotiva de la censura. Quizás porque mientras que las teorías expresivas utilizan ese elemento como la comunicación o expresión de la indignación y la censura de toda la sociedad hacia el delincuente, la postura de JAKOBS en cuanto a la comunicación es mucho más aséptica, pues la comunicación la hace el Estado o el ordenamiento jurídico, desprovisto de esa carga emocional y expresiva. Con ello, acogemos así la clasificación de las teorías expresivas de la pena de HÖRNLE, T., *Teorías de la pena...*, cuando

Una de las formulaciones del debate moderno en torno a la función de la pena, y que en la manualística se suele encuadrar dentro de las tesis preventivo-generales, es la teoría de la prevención general positiva. Esta corriente sostiene, en términos generales, que la prevención no solamente debe buscarse en la intimidación (aspecto negativo), sino también mediante la afirmación positiva del Derecho penal: como una afirmación de las convicciones sociales y de la «conciencia social» de la propia norma (aspecto positivo)⁸⁰. Esta concepción de la pena implica que la prevención general positiva es «una reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo aporta un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y el aseguramiento de las normas fundamentales»⁸¹. Por ello, entre los posibles efectos de la pena estaría el que mediante ésta la ciudadanía mantiene la confianza en la inviolabilidad del Derecho penal y la protección del propio ordenamiento jurídico frente a las infracciones de los delincuentes. Como resume CUTIÑO:

Al imponerse la pena, la sociedad aprende el contenido de las normas, refuerza su confianza en el Derecho y se produce una situación de pacificación y cohesión social en torno a ese sistema jurídico, es decir, se produce una afirmación positiva del Derecho penal, no intimidante, sino como refuerzo de las convicciones

explica que «las teorías expresivas subrayan la función comunicativa de las sentencias penales. Se pueden diferenciar planteamientos expresivos orientados a la norma y planteamientos expresivos orientados a la persona. Las concepciones expresivas orientadas a la persona son aquellas conforme a las cuales el mensaje de reprobación contenido en la sentencia penal se dirige a determinadas personas. Estas pueden ser las personas que han sabido de la comisión de este delito concreto o el autor o la víctima del hecho. En cambio, las teorías expresivas de la pena orientadas a la norma subrayan el mensaje que se dirige a los destinatarios indeterminados, esto es, a la generalidad en un sentido más abstracto y amplio (palabra clave: confirmación de la norma)». Esta misma organización sigue BELTRÁN CALFURRAPA, R., «Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena», en *Rev. Bras. De Derecho Processual Penal*, vol. 5, núm. 1, 2019.

⁸⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 89.

⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, ob. cit., p. 274-275

jurídicas fundamentales, la conciencia social de la norma o una actitud de respeto por el Derecho⁸².

Dentro de la categoría «prevención general positiva», en realidad, cabe englobar diversas concepciones y teorizaciones sobre la pena. Así, por ejemplo, cabe identificar diferentes corrientes como la que defiende que la función de la pena es la reafirmación psicológica de una determinada conciencia de la norma. Esta concepción que se encuadra dentro de un funcionalismo político-criminal teleológico que entiende que el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, limita los fines de la pena a la prevención general y especial. En segundo lugar, también hay una concepción de la prevención general positiva entendida ésta como la reafirmación de los valores ético-sociales que estarían integrados en las normas. Según esta última concepción, también se parte de la función del Derecho penal de proteger los bienes jurídicos, y se entiende que el efecto preventivo general se consigue por medio de la afirmación de ese valor que ha sido infringido y que se da con la imposición de una pena justa. En cambio, otra corriente denominada «sistémica» es aquella que entiende que lo que se pretende conseguir por medio de la pena no es tanto un efecto psicológico como una afirmación de la vigencia de las normas⁸³. Si bien estas teorías merecerían una mayor atención puesto que las mismas suponen un cierto

⁸² CUTIÑO S., *Fines de la pena...*, *ob. cit.*, p. 58

⁸³ GIL GIL, A., Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C. M., Gracia Martín, L., e Higuera Guimera, J. F. (EDS.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pp. 9-10. Para un análisis pormenorizado véase Pérez Manzano, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva e la fundamentación de la imputación y de la pena*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990. Igualmente, véase Durán Migliardi, M., «La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función», en *Revista de Derecho*, vol. 29, núm. 1, 2016.

intento de renovar el debate sobre la función de la pena⁸⁴, en el presente apartado nos centraremos especialmente en la contribución de uno de los mayores exponentes como es Günter JAKOBS. Para este autor «la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad»⁸⁵. Aquí con prevención no se quiere decir que lo que se busque es que la norma penal esté orientada a evitar delitos, sino que tiene una finalidad comunicativa general, a todos los ciudadanos, y que tiene la función de alcanzar la fidelidad al Derecho, mantener la confianza en la norma y la aceptación de sus resultados⁸⁶. La prevención, por tanto, no lo es con respecto a la futura comisión de delitos, sino que lo que se previene con la pena son los efectos negativos que para el propio sistema social puede generar el delito. Así, para JAKOBS:

En Derecho penal no se trata de modo primario de prevenir delitos –de esto ha de ocuparse principalmente la policía–, sino de una reacción frente al delito que asegure que la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de la mayoría de todas las personas, por lo que las víctimas potenciales puedan tener la certeza de que no sólo tienen derecho a ejercer sus derechos, sino que podrán ejercerlos quedando incólumes, a menos que se ubiquen en los márgenes de la sociedad⁸⁷.

⁸⁴ PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ED.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosh Editor, Barcelona, 1997.

⁸⁵ JAKOBS, G., «Sobre la teoría de la pena», en *Cuadernos de conferencias y artículos*, núm. 16 (traducción de Manuel CANCIO MELIÀ), Universidad de Externado de Colombia, 1998, p. 15. Asimismo, JAKOBS, G., *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo* (Edición de Miguel POLAINO-ORTS), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.

⁸⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2014.

⁸⁷ JAKOBS, G. *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. CANCIO MELIÀ y B. FEIJÓO SÁNCHEZ), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 154.

Este fin de la confirmación de la vigencia de la norma no es posible extenderlo a todas las fases de esta, siendo necesario atender también a las necesidades de prevención especial, especialmente, en lo que se refiere a la fase de la ejecución de la pena que, en todo caso, no debe sobrepasar la culpabilidad del autor⁸⁸. La pena será adecuada a la culpabilidad del autor cuando la misma se conciba necesaria para asegurar la estabilización de la norma. Como interpreta MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «para JAKOBS, la función de la culpabilidad no puede reducirse a servir de límite de la pena, sino que también debe fundamentarla»⁸⁹.

Más allá de la evolución del pensamiento de JAKOBS⁹⁰ y de su teoría, a la que se le ha criticado no solo un exceso de normativismo⁹¹, sino también su cercanía con las posiciones retribucionistas (especialmente citada es la conexión de su postura con la teoría de la pena hegeliana⁹² y la subordinación absoluta del individuo a la norma prescindiendo por tanto de los bienes jurídicos⁹³, lo que aquí nos interesa es su concepción

⁸⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El debate actual...», *ob. cit.*

⁸⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El debate actual...», *ob. cit.*, p. 121.

⁹⁰ Véase CUTIÑO, S., *Fines de la pena...*, *ob. cit.*; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*

⁹¹ MIR PUIG, S., «Límites del normativismo en Derecho penal», en VV. AA., *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.

⁹² En este sentido, para DEMETRIO CRESPO: «como consecuencia la pena no se dirige a prevenir futuras infracciones (al estilo de la prevención general negativa) sino que tiene por objeto restablecer según el pensamiento clásicamente hegeliano la vigencia de las normas quebrantadas. Se trataría en este sentido *más de una teoría retributiva que preventiva*» (DEMETRIO CRESPO, E., «Crítica al funcionalismo normativista», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 2010, p. 15).

⁹³ Así, como explica SILVA SÁNCHEZ, si bien algunos autores de la doctrina asumieron la función comunicativa de la pena de JAKOBS «la mayoría de la doctrina no siguió este punto de vista. Debe tenerse en cuenta que, cuando la posición de JAKOBS entra en el espacio jurídico hispanohablante, en éste apenas ha finalizado un proceso despenalizador, que ha tenido como

de la pena como acto comunicativo, algo que, con variaciones y en sus distintas formulaciones, ha seguido manteniendo. En este sentido, la postura actual de JAKOBS con respecto a la función de la pena podría resumirse en que: a) «las normas son expectativas que configuran el orden social»⁹⁴, b) «el delito es la defraudación de esas expectativas»⁹⁵, c) «la pena tiene el significado de mantener las expectativas»⁹⁶, d) «la imposición de la pena es la forma en que el sistema social procesa las defraudaciones a costa del infractor y tiene como fin asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma»⁹⁷ y e) «el límite de este fin es tratar al autor como persona (culpabilidad, sujeto responsable). Pero sólo si el delincuente garantiza su fidelidad en el futuro, si no será tratado como enemigo»⁹⁸. En todo caso, el aspecto comunicativo y simbólico de la pena es realmente importante en esta concepción. Es necesaria porque expresa a la generalidad que la norma sigue vigente⁹⁹: «El autor [del delito] ha determinado y ejecutado su conducta sin consideración de la vigencia del Derecho. En la medida en que ello implique la afirmación de que la norma no le vincula, se le contradice a través de la pena (ese es el significado de la pena)»¹⁰⁰. Ahora bien, ante la cuestión sobre en qué medida esta finalidad no daría lugar a un exceso de la pena en tanto en cuanto el fin es

criterio rector el de bien jurídico (penal). La eliminación de este criterio es considerada, pues, como la admisión de la posibilidad de que el Derecho penal proteja cualesquiera estados de cosas que el legislador positivo introduzca en una ley penal, renunciando al “potencial crítico” de la noción de bien jurídico» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La influencia de la obra...», ob. cit., p. 10).

⁹⁴ CUTIÑO, S., *Fines de la pena...*, ob. cit., p. 72

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹Tal y como explica MAÑALICH, «esta versión de la teoría de la prevención general positiva concibe la imposición de la pena como un acto expresivo cuyo sentido es la confirmación de la vigencia de la norma quebrantada o, en términos un poco más esotéricos, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad”, (MAÑALICH, J. P., «La pena como retribución. Primera parte: La retribución como teoría de la pena», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, núm. 83, 2007, p. 55)

¹⁰⁰ JAKOBS, *La pena estatal...*, ob. cit., p. 142.

asegurar la expectativa de la vigencia de la norma, como se ha indicado, el autor recurre al elemento retributivo de la culpabilidad. Y, por otro lado, con respecto a la justificación del uso de la pena con la dimensión aflictiva que el acto comunicativo supone sobre el propio delincuente, apela a la necesidad de una intimidación para que el delito no merezca la pena¹⁰¹.

3.2. TEORÍAS EXPRESIVAS DE LA PENA DEONTOLÓGICAS

Posiblemente el autor con el que más fácil es identificar las teorías expresivas de carácter deontológico es el filósofo del Derecho norteamericano Joel FEINBERG. FEINBERG, en su ensayo *The Expressive Function of Punishment*¹⁰², parte del reconocimiento de que en algunos trabajos especializados se había empezado a diferenciar entre la definición y la justificación del castigo (de HART, FLEW y BENN). En estas definiciones tradicionales del castigo (*punishment*), el autor observaba que se había tendido a relacionar éste con la irrogación de un mal; sin embargo, para FEINBERG ello no diferenciaba adecuadamente el castigo punitivo de las meras multas (*penalties*). Así, por ejemplo, el castigo consistente en encarcelar a alguien por un delito grave puede coincidir con la definición general de *punishment*, pero no sería posible, o al

¹⁰¹ Así, sostiene el autor que «la contradicción pública del injusto por sí sola no puede remediar la desorientación; pues esta contradicción constituiría una directriz determinante para la voluntad de seres racionales desarrollados, pero los delincuentes sólo son racionales conceptualmente, y no conforme a la idea, es decir, no en la realidad. De este modo -siguiendo a Feuerbach- sólo queda la posibilidad “de influir a través de lo sensual en la propia sensualidad de eliminar la tendencia mediante la tendencia opuesta, el impulso sensual hacia el hecho mediante otro impulso sensual”, y eso significa que hay que gravar el injusto con tal “coste consecuencial” que la comisión de un delito aparezca en el juicio general como algo que no merece la pena» (JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», en REYES ALVARADO, A. (ED.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2005, p. 347, citado en RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, ob. cit., p. 78).

¹⁰² FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», en *Philosophy of Law*, vol. 49, núm. 3, 1965.

menos intuitivamente no lo es, atribuir ese mismo significado a una multa de aparcamiento, que podría servir como ejemplo de una *penalty*¹⁰³. Desde este punto de vista, la diferencia entre ambas definiciones es importante porque para FEINBERG, el castigo tiene un significado simbólico que no tienen la mayoría de las *penalties*. De esta forma, la pena supone la expresión de la condena e indignación de la comunidad¹⁰⁴, algo que tal y como afirma el autor, en cierta medida ya se venía reconociendo por autores como HART¹⁰⁵. A saber, el castigo no deja de ser un medio «convencional» para expresar las actitudes de resentimiento de la sociedad hacia la persona que ha cometido un delito tipificado expresamente como tal:

El castigo es un instrumento convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación, por parte de la propia autoridad que castiga o de aquellos «en cuyo nombre» se inflige el castigo¹⁰⁶.

En definitiva, si la pena se justifica por la necesidad de mostrar la desaprobación social, ¿por qué imponer efectivamente la pena? Sería innecesaria para atender al fin de la expresión de la condena. Sin embargo, para FEINBERG es precisamente la imposición (*condemnatory aspect*) la que permite

¹⁰³ FEINBERG, J., *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970, p. 86.

¹⁰⁴ BILZ, K., «Testing the Expressive Theory of Punishment», en *Journal fo Empirical Legal Studies*, vol. 13, 2016, p. 360: «Sostuvo que el tratamiento duro (*hard treatment*) del castigo penal tiene una función simbólica que transmite desaprobación e incluso resentimiento hacia el infractor y su comportamiento. Esta condena es tanto merecida como funcional. Es fundamental distinguir la función condenatoria del castigo de la mera pena, que se limita a regular el comportamiento. En su opinión, la teoría expresiva define el castigo, pero también lo explica y justifica, al menos en parte».

¹⁰⁵ FEINBERG, J., *Doing and Deserving...*, *ob. cit.*, p. 98.

¹⁰⁶ FEINBERG, J., «The Expressive...», *ob. cit.*, p. 400.

desplegar la función simbólica de «desaprobación», «no aquiescencia», «vindicación» y «absolución»¹⁰⁷.

Por su parte, desde la perspectiva de Jean HAMPTON, la pena constituye un acto de comunicación moral con el autor del delito, aunque también con la comunidad, algo que para la autora es «intuitivamente muy natural y atractivo»¹⁰⁸. Para HAMPTON la pena tiene una funcionalidad eminentemente educativa. Y aunque comparte que la justificación del castigo tiene que estar conectada con la idea de que el castigo es una herramienta necesaria para prevenir delitos y promover de ese modo el bienestar del público, no se compromete con una justificación del castigo basada en la disuasión. La pena y el dolor asociado a la misma es un acto comunicativo con el autor con el que se le expresa que la trasgresión de la norma está moralmente mal, es decir, es un injusto moral. Como explica ENGEN:

El aspecto de tratamiento duro (*hard treatment*) lo convierte en un medio adecuado para comunicar al delincuente la maldad de su acto, según HAMPTON el castigo interrumpe la búsqueda de sus propios intereses por parte del delincuente y, al perjudicarlo, le hace reflexionar sobre el daño que infligió a su víctima¹⁰⁹.

Para explicar esto, HAMPTON utiliza el símil de los animales que se encuentran dentro de un pasto vallado y en el que las vallas están electrificadas. El animal que pretenda ir más allá de la valla se encontrará con una descarga eléctrica que le

¹⁰⁷ FEINBERG, J., *Doing and Deserving...*, *ob. cit.*, p. 115. Una dura crítica a esta concepción y a los elementos distintivos de las teorías expresivo-retributivas como la de FEINBERG puede encontrarse en HANNA, N., «¿Say what? A critique of expressive retributivism», en *Law and Philos*, vol. 27, 2008, donde se llega a tildar a las premisas más importantes de estas teorías de falsas.

¹⁰⁸ HAMPTON, J., «The Moral Education. Theory of Punishment», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13, núm. 3, 1984, p. 216

¹⁰⁹ ENGEN, A., «Communication, Expression, and the Justification of Punishment», en *Athens Journal of Humanities & Arts*, vol. 1, 1984.

transmitirá el mensaje de que no puede ir más allá, y posiblemente tras este estímulo negativo no lo volverá a hacer. Ahora, lo que diferencia el castigo en los animales del que es aplicable sobre las personas es que éstas últimas tienen la capacidad de razonar que el castigo está asociado a la comisión de un hecho inmoral y de reflexionar sobre las razones para la restricción de su libertad. En ambos casos, el castigo enseña una lección. En palabras de la autora:

Los castigos son como vallas electrificadas. Como mínimo, enseñan a una persona, a través del dolor, que hay una «barrera» para la acción que quiere hacer, y así, como mínimo, pretenden disuadir. Pero como las «vallas» de castigo marcan los límites morales, el dolor que las mismas administran (o amenazan con administrar) transmite un mensaje más amplio a los seres que son capaces de reflexionar sobre las razones de la existencia de estas barreras: les transmiten que hay una barrera para estas acciones porque son moralmente incorrectas¹¹⁰.

De esta manera el Derecho penal comunica lo que es considerado una barrera moral que los individuos no debemos traspasar, y en caso de que lo hagamos o nos veamos tentados a ello, el Derecho penal nos «electrificará» para que entendamos y aprendamos la lección de que no debemos hacerlo. En definitiva, «la teoría sostiene que el castigo pretende ser una forma de enseñar al infractor que la acción que hizo (o quiere hacer) está prohibida porque es moralmente incorrecta y no debe hacerse por esa razón»¹¹¹.

Pero con la imposición de ese castigo no solamente se educa moralmente al delincuente, sino que también se manda un mensaje educativo a la comunidad. En este sentido, el castigo se justifica precisamente en el mensaje educativo que se manda con la pena.

¹¹⁰ HAMPTON, J., «The Moral Education...», *ob. cit.*, p. 212 y ss.

¹¹¹ *Ibidem*.

Análogamente, Anthony DUFF es otro autor que justifica el castigo sobre la base del mensaje comunicativo de condena a la persona que es castigada. Este autor desarrolla lo que se ha denominado la versión comunicativa del expresivismo¹¹². A diferencia de HAMPTON, rechaza la idea de que la pena sirva para educar al delincuente porque en términos generales los trasgresores de las normas ya saben que lo que están haciendo está mal¹¹³. Más bien, el Derecho penal refleja los valores que son o deberían ser interiorizados por los ciudadanos y la comunidad, prohíbe determinadas conductas que los ciudadanos deberían evitar. El Derecho penal habla (se comunica con) a los ciudadanos como miembros de una comunidad normativa: no solo busca la obediencia, sino un diálogo que los ciudadanos entiendan y acepten lo que se les requiere como tales¹¹⁴. El juicio penal también supondría una

¹¹² GLASGOW, J., «The expressivist theory of punishment defended», en *Law and Philosophy*, vol. 34, núm. 6, 2015.

¹¹³ DUFF, R. A., *Punishment, communication and community*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 91. Además de poner en cuestión que el *hard treatment* pueda ser un método de educación moral añade que hay dos aspectos más por los que a su juicio las teorías de la educación moral deberían ser rechazadas: «En primer lugar, no está nada claro que lo que necesita la mayoría de los delincuentes, incluso si sus delitos son auténticas fechorías, sea educación moral. Algunos pueden pensar que sus delitos están moralmente justificados, o al menos permitidos, y podríamos decir que necesitan “corrección” [...] Sin embargo, incluso en este caso, decir que necesitan “educación” sugiere una visión paternalista de ellos como si fueran niños que aún no han recibido la educación que necesitan. Tal visión podría poner en duda su responsabilidad por su condición de mal educados, mientras que deberíamos verlos como agentes morales responsables (como nuestros iguales) que han tomado un camino moral equivocado [...] El problema no es que no se den cuenta de que lo que hacen está mal, sino que no les importa lo suficiente o no atienden a ese aspecto de su conducta o ceden a la tentación. No necesitan que la educación les enseñe lo que ya saben. En segundo lugar, no está claro por qué el castigo, aunque sea un posible método de educación, debería ser el método preferido».

¹¹⁴ Cabe la posibilidad de argumentar que la justificación del castigo decaería en aquellos supuestos en los que el autor del delito no acepte ese diálogo, que no sea receptivo al mismo. En ese caso, según ENGEN (ENGEN, A., «Communication...», *ob. cit.*) podría seguir justificándose el castigo en el caso en que, en lugar de entender la pena como una comunicación, la

comunicación en el que es llamado el delincuente para que responda por sus hechos, y mediante la condena también se le comunica tanto a él como a la comunidad la pena, entendida ésta como la censura de la comunidad que merece el delincuente por su delito¹¹⁵. A este respecto, la comunicación del castigo no solamente busca el entendimiento y aceptación de este por parte del infractor, sino que también afecte a su conducta futura:

Al definir ciertos tipos de conducta como injustos públicos, la ley busca persuadir a los ciudadanos (aquellos que necesitan ser persuadidos) para que se abstengan de tales conductas. Este objetivo es interno al Derecho en la medida en que consiste en tales declaraciones y definiciones de injustos, ya que declarar que ciertos tipos de conducta son ilícitos es instar a aquellos a los que se dirigen las declaraciones a que se abstengan de tales conductas¹¹⁶.

Al mismo tiempo, mediante la imposición de ese castigo lo que se persigue es que el delincuente se arrepienta de lo que ha hecho, y que ese arrepentimiento sirva para que no vuelva a delinquir. Esto, tal y como advierte el propio autor, podría implicar asignar ciertos objetivos consecuencialistas al Derecho penal. Sin embargo, aclara que este fin disuasorio es meramente contingente. En sus palabras: «decir esto no es, sin embargo, plantear un objetivo consecuencialista para el Derecho penal o para las penas, sino presentarlos como medios contingentemente eficientes para el fin independientemente identificable de la prevención del delito»¹¹⁷.

El fin es, en realidad, que los ciudadanos reconozcan y acepten lo que dice el Derecho como justificado y se abstengan de realizar el delito solo por esa razón, o bien que los delincuentes reconozcan el mal de su acto (*the wrongfulness of*

entendamos como una expresión tal y como la entendía FEINBERG, puesto que la expresión es unidireccional y esa es la censura que se dirigiría al denominado «delincuente no receptivo» (*unreceptive wrongdoer*).

¹¹⁵ DUFF, R. A., *Punishment...*, *ob. cit.*, p. 80.

¹¹⁶ DUFF, R. A., *Punishment...*, *ob. cit.*, p. 90

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 80.

their past crimes) y se abstengan de realizar otros delitos en el futuro sobre la base de ese entendimiento y reconocimiento¹¹⁸. La pena es, por tanto, una expresión de censura al comportamiento delictivo que busca en última instancia el arrepentimiento. Y este es, según el autor, uno de los propósitos del tratamiento duro (*hard treatment*) que supone el castigo. Es «una forma de centrar su atención en su delito, proporciona una estructura dentro de la cual, esperamos, podrá pensar la naturaleza y las implicaciones de su delito, enfrentarse a él de forma más adecuada de lo que podría hacer de otra forma (siendo humano), y así llegar a un arrepentimiento más auténtico»¹¹⁹. Añade el autor que «como agentes morales falibles, necesitamos esas penitencias para ayudar y profundizar en el arrepentimiento». Con todo, el castigo busca producir los siguientes tres resultados: arrepentimiento, reforma y reconciliación.

Lo cierto es que, pese a ese aire renovador del que se hablaba en un principio, no se puede afirmar que las teorías expresivas, en este caso las de carácter eminentemente deontológico o normativo hayan superado a las teorías retributivas en cuanto definitivas y estén exentas de críticas. Más bien al contrario, también adolecen de una serie de puntos débiles que podrían resumirse en los siguientes: a) en primer lugar, el exceso en la expresión. Esta es una crítica bastante dominante hacia este tipo de teorías¹²⁰, y consiste en la pregunta sobre por qué se elige el castigo para expresar la condena hacia el delincuente, cuando podría haber otros medios para hacerlo. Asimismo, también tienen que lidiar con respecto a la cuestión de la

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 81.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 108. Anticipando la posible crítica que se le pueda hacer desde el consecuencialismo sobre que su planteamiento busca generar una innecesaria e insana culpa y que se obsesiona demasiado con el comportamiento pasado en lugar de mirar hacia el futuro: «no hay nada intrínsecamente insano o inapropiado en tratar de afrontar y comprender el mal que he hecho. De hecho, una preocupación adecuada por los valores contra los que he ofendido, por aquellos a los que he perjudicado, se expresará en mi arrepentimiento y remordimiento».

¹²⁰ GLASGLOW, J., «The expressivist...», *ob. cit.*

proporcionalidad. Una vez aceptado que la pena o el castigo es el mejor modo de expresar esa condena, deben responder a cómo dentro de ese sistema expresivo es factible la proporcionalidad en la respuesta penal¹²¹; b) en segundo lugar, otra objeción común es la denominada «expresión promiscua» (*the promiscuous express*)¹²², y hace referencia a que hay determinadas conductas que a nivel social merecen todo el reproche pero que, por el hecho de no estar tipificadas en la ley, no pueden ser objeto de esa condena moral social (e.g., piénsese en aquellos supuestos en los que la sociedad entiende que el discurso del odio es despreciable, pero el mismo no está penado en la ley); c) por último, entre las críticas más comunes también está aquella que se ha denominado la de los «múltiples mensajes»¹²³, según la cual se critica que las teorías expresivas tienden a aglutinar la expresión social de condena hacia un acto o persona. Sin embargo, teniendo en cuenta que las sociedades democráticas son plurales, ¿cuál de todos los mensajes es el que se está expresando?

3.3. TEORÍAS EXPRESIVAS DE LA PENA CONSECUENCIALISTAS

A diferencia de las anteriores teorías, en las que el elemento expresivo o comunicativo es lo que justifica la propia pena porque ésta se entiende como el único o el mejor medio para expresar la condena moral hacia el delincuente, el conjunto de autores que aquí se van a tratar exponen enfoques en los que ese elemento expresivo está orientado también a producir consecuencias que van más allá de la expresión por sí misma de esa censura o indignación moral. Así pues, están orientadas además a dirigir el comportamiento de las personas hacia el cumplimiento de las normas. En este grupo de teorías hemos englobado a VON HIRSCH, NARAYAN, KAHAN y ROBINSON. Si bien, lo que tienen en común estas posiciones es su atención a las consecuencias de la censura, también las diferencia que no

¹²¹ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*, p. 44.

¹²² GLASGOW, J., «The expressivist...», *ob. cit.*, p. 620.

¹²³ *Ibid.*, p. 622.

todas estas posiciones lo hacen en el mismo grado ni con la misma claridad.

En primer lugar, HIRSCH mantiene una justificación de la pena basada en la censura, y para él la sanción penal «expresa claramente un reproche»¹²⁴. La pena entendida de esta forma es fácilmente comprensible, «ya que reprochar es algo que hacemos en nuestros juicios morales cotidianos. Una explicación basada en la censura es también más fácil de vincular a la proporcionalidad»¹²⁵. En este sentido, para este autor la reprobación o la censura por el delito cometido adquiere su justificación en la responsabilidad del sujeto que ha delinquido. A tal efecto, «la censura consiste en expresar este juicio, más el sentimiento consiguiente de desaprobación que se dirige al autor porque él o ella son la persona responsable»¹²⁶. Pero además de esta función (negativa) de la censura, esto es, de expresar el reproche por su delito mediante la pena, ésta última tendría también las siguientes funciones morales positivas: a) mediante la censura se está considerando a la víctima, es decir, no solamente se está reconociendo que se ha lesionado un bien a la víctima, sino que al expresar la censura se le está reconociendo que su agravio ha sido culpa de otro; b) también se está considerando al causante en la medida en que a través del juicio de desaprobación se le está comunicando que ha dañado a otro y que se le desaprueba por este acto; g c) con la censura se le da la oportunidad al autor de que muestre un reconocimiento del daño provocado o que se proponga enmendarse; y, finalmente, d) la censura también se dirige a terceras personas, ofreciéndoles razones para desistir. VON HIRSCH entiende, por tanto, que en Derecho penal no deberían caber las sanciones neutrales, esto es, aquellas que no suponen o significan un reproche moral, y ello porque sin ese reproche

¹²⁴ VON HIRSH, A., *Censurar y castigar* (Traducción de Elena Larrauri), Trotta, Madrid, 1998, p. 34

¹²⁵ VON HIRSH, A., *Censurar...*, *ob. cit.*, p. 35. En este sentido, resulta necesario advertir que la preocupación de VON HIRSCH que le lleva a justificar la pena en la censura es precisamente la desproporcionalidad y arbitrariedad del sistema penal.

¹²⁶ *Ibidem.*

«se negaría el estatus de persona al afectado, aunque fuesen eficaces desde el punto de vista de la intimidación. Una sanción neutral trataría al autor o a los posibles autores como animales de circo, como criaturas que deben ser enjauladas, intimidadas o amaestradas»¹²⁷.

VON HIRSCH, a diferencia de DUFF, no entiende que con la pena se busque la evocación de sentimientos en el delincuente: «si el objetivo primordial fuera inducir un arrepentimiento, como pretende R. A. DUFF, no tendría ningún sentido censurar a los actores ya arrepentidos o desafiantes. Y aun así no quisiéramos exonerar de culpa ni al arrepentido ni al desafiante»¹²⁸. Si este fuera el objetivo principal del Derecho penal, tal y como indica el autor, bastaría con que el juzgador indagara en la personalidad y estilo de vida del infractor para facilitar estos cambios de actitud. Sin embargo, en Derecho penal «uno atribuye el daño (*wrongdoing*) a una persona y expresa desaprobación –limitando su investigación a la capacidad de elegir de la persona–»¹²⁹. Ahora, si bien lo que fundamenta principalmente la pena es la expresión de esa censura, para VON HIRSCH la imposición del mal en que consiste la pena basada en el reproche sí que tiene funciones preventivas en la medida en que la imposición suministra lo que él denomina una razón prudencial (*prudential reason*) para la no

¹²⁷ VON HIRSCH, A., «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», en ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., y NIETO MARTÍN, A. (COORDS.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 134.

¹²⁸ VON HIRSH, A., *Censurar...*, *ob. cit.*, p. 36

¹²⁹ *Ibidem.* p. 37. Así, aunque con la pena el autor del delito tiene una oportunidad para la reflexión, ésta no cabe exigírsele desde fuera: «el reproche penal sólo concierne al autor externamente. La desaprobación que se expresa a través de la sanción ofrece al autor la oportunidad de reflexionar acerca de sus comportamientos. Ahora bien, adoptar esta reacción es algo que queda en sus manos, en cuanto que aquí no se mantiene ninguna teoría del arrepentimiento, en la que justamente la reacción estaría encaminada a provocar en el autor determinados sentimientos, ya sean de vergüenza, de arrepentimiento o de cualquier otro tipo» (VON HIRSCH, A., «Retribución...», *ob. cit.*, p. 133).

realización de los hechos delictivos. Dicho con otras palabras, la mera comunicación normativa no es suficiente para comprender las razones morales por las que no se deben realizar determinados hechos y abstenernos en consecuencia, sino que, más bien, somos seres «capaces de motivarse normativamente pero también con tentaciones de infringir estas apelaciones»¹³⁰. Así,

si la sanción expresa un reproche, su forma y modo adopta una forma que actúa al mismo tiempo como intimidación y como apoyo contra tentaciones [...] en la justificación de la pena propuesta, la función de reproche desempeña el papel central. Una reacción de desaprobación ante un comportamiento injusto puede, a mi juicio, expresarse, al menos en primer término, de modo y manera puramente simbólica o de modo que la desaprobación se comunique mediante la imposición de un mal. La sanción penal es una reacción de este último tipo, pues como consecuencia de su función adicional de «desaliento» contiene ventajas frente a reacciones simbólicas. Sin embargo, la función preventiva está

¹³⁰ VON HIRSCH, A., «Retribución...», *ob. cit.*, p. 138. En este sentido, VON HIRSCH vendría a sostener una posición mixta en cuanto a la pena. En esta medida, es cierto que lo que justifica la pena es la expresión del reproche, pero también entiende que la pena debe servir para la prevención de conductas: «en este ensayo he desarrollado un análisis del reproche penal el cual convierte a esta reacción en deontológica: como apelación normativa, dirigida a un actor que es considerado susceptible a consideraciones morales. Este carácter de censura es el que justifica los límites requeridos por el principio de culpabilidad en el derecho penal material y por el principio de proporcionalidad con el hecho, en el derecho de medición de la pena. A la causación de un mal la he descrito como un «desaliento» ante la realización de hechos punibles que actúa en el interior de un concepto general orientado al reproche. A mi juicio, la razón para introducir este «desaliento», en vez de reaccionar únicamente mediante un reproche simbólico, a mi juicio, es preventiva: la pena debe también servir para ayudar al hombre, ser capaz de orientarse moralmente, pero también falible, a vencer la tentación de lesionar a otros». Para VON HIRSCH «las instituciones penales requieren de una justificación normativa y no únicamente instrumental; si bien estos argumentos deben dirigirse a una concepción de la pena como institución social, mediante la que el Estado ejerce su violencia y que se orienta al fin pragmático del bienestar de los ciudadanos» (pp., 144-145).

justificada únicamente en una institución que incorpora también el reproche¹³¹.

En un sentido similar, Uma NARAYAN entiende igualmente que la pena expresa una censura hacia el autor del delito, sin embargo, su planteamiento difiere radicalmente de DUFF en que la pena se justifique solamente sobre la base de esa censura y critica duramente que el Derecho penal deba buscar el arrepentimiento a través de la imposición de la pena (*hard treatment*)¹³². Sin embargo, más allá de las críticas e inconsistencias que señala en torno a la teoría de la comunicación del castigo de DUFF, ella conviene en la línea de las teorías expresivas en que efectivamente la pena manifiesta una censura hacia la persona que ha cometido un delito. Esta censura no puede ir más allá de la culpabilidad del sujeto, y la misma se justifica porque es moralmente permisible realizarla sobre la base de la ilicitud (*wrongfulness*)¹³³. Pero NARAYAN

¹³¹ *Ibid.*, p. 139.

¹³² NARAYAN, U., «Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 2, 1993, pp. 174-175: «El papel del Juez censorador es diferente al del sacerdote. A través de la censura, el juez emite la condena que el proceso legal ha determinado que merece el delincuente. Aunque puede esperar que el delincuente responda de una manera determinada, no tiene por qué preocuparse principalmente por el bienestar moral y espiritual del delincuente, como debe hacer el sacerdote. El Juez puede considerar que ha llevado a cabo con éxito su función censoradora, independientemente de que el delincuente considere que merece la censura o no, se arrepienta o no, intente reformarse moralmente o no, e incluso si el delincuente opta por ajustarse a la ley en el futuro simplemente porque ser sometido a la censura del juicio es algo desagradable que preferiría evitar. Sin embargo, el sacerdote del delincuente no podría considerar que ha cumplido con éxito su misión a menos que el delincuente se arrepienta y se ajuste a la ley en el futuro sobre la base de convicciones morales reforzadas». Una expresión similar se puede encontrar en la crítica de VON HIRSCH a la teoría de DUFF, concretamente al aspecto de que el Derecho penal tiene como fin primordial buscar el arrepentimiento del autor del delito. (VON HIRSH, A., *Censurar...*, *ob. cit.*, p. 36-37)

¹³³ La justificación de la censura según NARAYAN se encuentra en que el sistema legal «solo prohíbe las conductas que se consideran

discrepa radicalmente de que la pena, el *hard treatment*, se justifique únicamente sobre la base de esa censura. Por ello, la autora expresa claramente que hay que hacer que la censura sirva para algo (*making censure matter*). A este respecto, entiende que el *hard treatment* puede servir para hacer que la censura importe y permite, asimismo, expresar diferentes grados de censura en atención a la gravedad del delito. No obstante, no cree que esta cuestión suponga una justificación robusta para imponer este tipo de penas a los individuos. Según esta autora,

estas funciones vinculadas a la censura son importantes y justifican la expresión institucional, pero se podría argumentar que deberíamos utilizar nuestro ingenio para idear formas menos dolorosas de hacer que la censura sea importante y crear medios simbólicos para expresar los grados de censura de una manera que no implique las privaciones de libertad del tratamiento duro¹³⁴.

Por ello, el *hard treatment* no solo se justifica en atención a la expresión de la censura que implica sino por los beneficios en materia de prevención del delito que el mismo pueda conllevar. La prevención del crimen es para esta autora un fin que es valioso e inteligible y que las penas que implican un *hard treatment* pueden ayudar a conseguir. Así, manifiesta la autora que:

La prevención de las violaciones de derechos importantes de sus miembros parece una preocupación legítima. La prevención de la delincuencia contribuiría a mejorar el bienestar de los miembros individuales de la sociedad. En la prevención de la delincuencia por medio del tratamiento duro parece plausible que no podamos idear medios alternativos para lograr este fin. En sociedades como la nuestra, los lazos de cohesión social, así como la sensibilidad de las personas, son lo suficientemente débiles como para que

apropiadamente como injustos legales, se esfuerza por asegurarse de que el acusado cometió el acto ilícito y de manera responsable, antes de emprender la censura, y hay buenas razones para que la maquinaria legal del Estado sea el órgano que tiene la capacidad de censurar» (NARAYAN, U., «Appropriate...», *ob. cit.*, p. 169.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 179.

las conductas depredadoras sean mucho más frecuentes en ausencia de sanciones de tratamiento duro¹³⁵.

En consecuencia, para esta autora, la censura de los infractores y la prevención del crimen no son dos objetivos independientes, sino que es posible castigar de tal manera que se consigan ambos. La prevención del delito para NARAYAN es un elemento que se encuadra dentro de la censura en que consiste la pena, y este fin de prevenir el delito es uno moralmente permisible¹³⁶.

Para Dan KAHAN el delito siempre expresa una falta de respeto por algún valor o interés que es digno de protección en atención a las normas sociales¹³⁷ y, además, esa falta de respeto es graduable. KAHAN ejemplifica esta idea diciendo que violar a una mujer es peor que cualquier otro ataque físico hacia ella porque con el delito de violación se está expresando el poco valor que tiene la misma. De igual manera, entre un homicidio cometido con motivación de odio y otro cometido sin esa motivación, el que se basa en un motivo racial expresa mucha más falta de respeto hacia la persona que el otro tipo de homicidio. Frente a lo anterior, el castigo sería la expresión de una condena moral por haber afectado a los intereses que la sociedad previamente ha determinado como importantes: «Al imponer la forma y el grado de aflicción adecuados al infractor, la sociedad dice, en efecto, que la evaluación del infractor sobre el interés de quién cuenta es errónea»¹³⁸. En este sentido, el significado social de las acciones tiene una relevancia crítica en el Derecho penal, y aquí el rol de las epistemologías empíricas sería determinar cuáles son esos valores: «Los economistas hablan del Derecho penal como un mecanismo para ponerle precio a las malas conductas, pero los ciudadanos de a pie

¹³⁵ *Ibid.*, p. 180.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 180 y ss.

¹³⁷ KAHAN, D., «What do alternative sanction means?», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 2, 1996.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 591.

piensan en él como una convención para condenarlas moralmente»¹³⁹.

El Derecho penal también delimita determinados significados. Dice KAHAN que lo que el Derecho penal castiga puede decirnos qué tipo de vida es la que la sociedad considera como virtuosa, cómo castiga los comportamientos (i.e. con prisión, penas corporales, multas) puede decirnos qué tipo de aflicción es considerada apropiada y cómo de severo sea el castigo (i.e. pena de muerte, cadena perpetua, etc.) nos dice cómo de valiosos son determinados intereses y valores. En este sentido, según KAHAN el Derecho penal puede expresar significados sociales a través de dos vías: a) puede expresar significados mediante la toma de posiciones (ej. leyes como la que protegía la bandera estadounidense, aunque se supiera que no tenía capacidad para detener la quema de banderas, pero sí que transmitía una serie de significados en torno a la virtud del patriotismo); o b) puede expresar significados a través de la regulación de las normas sociales. A tal respecto utiliza el ejemplo de la posesión de armas en las escuelas públicas del siguiente modo:

[...] este comportamiento está impregnado de significado social. Poseer un arma confiere un estatus porque expresa la confianza y la voluntad de desafiar a la autoridad. Del mismo modo, no poseerla indica miedo y, por tanto, invita a la agresión. Las políticas que pretenden suprimir la posesión suelen fracasar; de hecho, cuando las autoridades buscan y castigan agresivamente a los estudiantes que poseen armas, su comportamiento refuerza el mensaje de desafío asociado a las armas¹⁴⁰.

Una política efectiva al respecto sería interferir en la norma social. Así, por ejemplo, parece más efectivo dar un incentivo (pagar) a quien denuncie a alguien quien tiene un arma. Así, cuando los jóvenes temen que sus compañeros los entregarán,

¹³⁹ KAHAN, D., «Social Influence, Social Meaning, and Deterrence», en *Virginia Law Review*, vol. 83, núm. 2, 1997, p. 362.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 363-365.

dejan de tener un incentivo para enseñar el arma, y cuando dejan de enseñar el arma, las armas en ese contexto resultan menos valiosas y los estudiantes tienen menos motivos para llevarlas consigo. No es que el arma cambie de significado, es que se ha interferido en la norma social que hacía que llevar un arma fuera algo valioso¹⁴¹. En este sentido, según este autor, se puede generar disuasión a través de la regulación de las normas sociales, y por ello cuestiona la clásica estrategia disuasoria¹⁴², y propone que se castigue con penas que se hayan seleccionado específicamente para que expresen la condena pública del crimen. Este argumento le lleva a decir a KAHAN que las propuestas para reemplazar algunas penas de prisión por penas alternativas como las multas o el servicio a la comunidad no resultan atractivas en tanto en cuanto éstas últimas no tienen la fuerza expresiva que tiene la pena de prisión. Mientras que la pena de prisión simboliza la condena moral por el delito cometido, las penas alternativas no suponen la misma condena moral, la cual a su vez es necesaria pues se basa en la trasgresión de los valores constituidos a partir de las normas sociales. O lo que es lo mismo, si el legislador penal quisiera sustituir la pena de prisión porque la misma resulta muy costosa, las penas alternativas deberían contener el mismo grado de condena moral a través de penas que conlleven un grado suficiente de estigmatización (*shaming*)¹⁴³.

¹⁴¹ Aunque no se le puede clasificar como una teoría expresiva ni una teoría de la pena, David KENNEDY propone políticas o intervenciones estratégicas similares en su concepción de la disuasión focalizada que aboga por adaptar las sanciones a aquellas que son relevantes para los propios delincuentes con el objetivo de disuadirles de realizar determinados crímenes. Véase KENNEDY, D., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

¹⁴² En primer lugar, porque la teoría de la disuasión desde la visión económica no tiene en cuenta que los delitos tienen significados de indignación moral por parte de la sociedad y, por otro, porque según RODRÍGUEZ HORCAJO las personas no actuarían como el *homo economicus* que tiene en mente el modelo económico, sino más bien responden a un *homo reciprocitator* (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, ob. cit., p. 80).

¹⁴³ Concretamente indica que: «El castigo no es solo para hacer sufrir a los infractores; es una convención social especial que significa una condena

Junto a los anteriores, otro de los teóricos de la pena que en los últimos años ha ganado especial protagonismo con su propuesta del «mercedimiento empírico», incluso entre nuestra

moral. No todos los modos de imponer el sufrimiento expresan la condena o la expresan de la misma manera. El mensaje de condena es muy claro cuando la sociedad priva al delincuente de su libertad. Pero cuando se limita a ponerle una multa por el mismo acto [o le impone una pena de servicios a la comunidad], es probable que el mensaje sea diferente: no puedes hacer lo que has hecho, pero debes pagar por el privilegio... Este desajuste entre el sufrimiento que impone una sanción y el significado que tiene para la sociedad es lo que hace que las sanciones alternativas sean políticamente inaceptables. [...] En cambio, las penas de vergüenza expresan inequívocamente la condena y son una alternativa viable a la prisión para muchos delitos» (KAHAN, D., «What do alternative...», *ob. cit.*, p. 593). Sin embargo, en un artículo posterior modificó su opinión reconociendo que su posición inicial sobre las sanciones estigmatizadoras estaba equivocada, pero no por las críticas que se habían argüido contra su propuesta. Así, entre ellas se han argumentado las siguientes: a) que los delincuentes no tienen ese sentido de la vergüenza (*shameless*) y por tanto es poco probable que la humillación sirva como elemento disuasorio (MASSARO, T. M., «The Meanings of Shame», en *Psychol. Pub. Pol'y & L.*, vol. 3, 1997); b) que una pena de esas características atentaría contra la dignidad de la persona (NUSSBAUM, M., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2004); c) Que las penas estigmatizadoras de ese tipo abrirían una especie de pendiente deslizante en la que se exacerbaría el apetito de degradar a los delincuentes o que generaría una indiferencia hacia los delitos que son los más comunes (POSNER, E. A., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, 2000). Su cambio de postura deviene porque, desde su propia premisa, la vergüenza o estigmatización está afectada en su significado social por un hándicap que, «como cuestión política práctica, hace que sea una sanción alternativa inaceptable para un segmento significativo e influyente de nuestra sociedad» (KAHAN, D., «What's Really Wrong with Shaming Sanctions», en *Tex. Law. Review*, 2005). Este hándicap es que las penas estigmatizantes son profundamente partidistas: «cuando la sociedad las elige, elige un bando, alineándose con los que se adhieran a las normas que privilegian la comunidad y la diferenciación social en lugar de la individualidad y la igualdad». En cambio, a su juicio, la pena de prisión es mucho más pluralista porque todas las personas, con independencia de su visión sobre el mundo, pueden afirmar simultáneamente que con la prisión se afirman sus valores. En este sentido, KAHAN acaba siguiendo de nuevo el argumento de la búsqueda de la condena moral equivalente por la justicia restaurativa como sustitutivo de la prisión, pero equivalente en cuanto a la condena social necesaria.

dogmática¹⁴⁴, es Paul H. ROBINSON. ROBINSON también mantiene que el Derecho penal busca transmitir mensajes a la ciudadanía:

Cada vez que la responsabilidad penal es impuesta, nos recuerda la norma prohibida de la conducta del delincuente y confirma su naturaleza condenable. La condena pública que se expresa como reacción al delito apoya y refuerza los esfuerzos de aquellos que han resistido la tentación y han continuado obedeciendo a la ley¹⁴⁵.

De este modo, incluso la severidad de la sanción impuesta a un delincuente informa a la sociedad de la gravedad moral de su delito, y de ahí que el Derecho sea un vehículo por medio del cual se acaban expresando tanto los valores comunitarios como las normas sociales de la comunidad. En palabras de ROBINSON, «nuestro Derecho penal es, para nosotros, el lugar donde expresamos nuestras creencias compartidas sobre lo que es verdaderamente condenable»¹⁴⁶. A partir de las dificultades que tiene la disuasión como principio distributivo de la pena¹⁴⁷ y de

¹⁴⁴ Gracias especialmente a la traducción de su obra ROBINSON, P. H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (Traducción de ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO y Manuel CANCIO MELIÀ, Marcial Pons, Madrid, 2012.

¹⁴⁵ ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., «The Utility of Desert», en *Northwestern University Law Review*, vol. 91, 1997, p. 472.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 474.

¹⁴⁷ ROBINSON ha evidenciado a través de distintos trabajos las dificultades operativas de la disuasión. Así, indica que son tres los requisitos que requiere la disuasión para poder funcionar y que en la práctica no se dan: «Para que la formulación de una norma mejore la disuasión general, debe cumplir al menos tres requisitos previos. En primer lugar, el público destinatario debe conocer la norma. En segundo lugar, el público al que se dirige debe ser un calculador racional que pueda y se comporte de una manera que promueva sus intereses propios a la luz de la norma. Y, en tercer lugar, su análisis de costes-beneficios con arreglo a la norma debe sugerir que los costes contemplados por la violación de la norma superan a los beneficios. Desafortunadamente, rara vez existen estos prerrequisitos en el mundo real» (ROBINSON, P. H., «¿Una tregua en la guerra de los principios distributivos? Merecimiento empírico, credibilidad moral y la interiorización de las normas sociales» (Traducción de Ana B. GÓMEZ BELVÍS), en MIRÓ LLINARES, F.,

la demostración, por medio de una vasta literatura, de la existencia de unas intuiciones de justicia compartidas por la comunidad, y el poder que las mismas tienen para el control del delito, ha construido un principio distributivo basado en el merecimiento empírico¹⁴⁸. Algunos autores de nuestra doctrina, precisamente por haber empleado ROBINSON un objeto de trabajo como son las intuiciones de la ciudadanía lega en torno al merecimiento de determinados delitos ha entendido que este autor fácilmente puede ser considerado un retribucionista¹⁴⁹. Sin embargo, no coincidimos con ello en la medida en que para ROBINSON el merecimiento que atribuye la ciudadanía a los sujetos responsables por determinados hechos es importante en la medida en que éste puede servir (y de hecho sirve) para prevenir el delito¹⁵⁰.

Como hemos visto, si bien estas teorías no olvidan el plano comunicacional y expresivo como elemento esencial de la pena, añaden el objetivo socialmente deseable que consiste en que la

FUENTES OSORIO, J. L. (Dir.), y GÓMEZ BELLVÍS, A. B. (Coord.), *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021). Si bien es cierto, que ROBINSON ha sido criticado con respecto a este extremo. Véase el capítulo «The difficulties of deterrence as a distributive principle» y las críticas de varios autores al texto del autor en ROBINSON, P. H., GARVEY, S. P., y KESSLER FERZAN, K. (Eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, 2011.

¹⁴⁸ ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, 2013.

¹⁴⁹ HERRERA MORENO, M., «Nuevo naturalismo punitivo: aspectos de controversia en torno a los discursos penales de base evolucionaria», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 20-09, 2018.

¹⁵⁰ Y, al respecto, no es necesario indagar en una interpretación del autor puesto que él mismo así lo ha manifestado: «los retribucionistas tampoco pueden reclamar la victoria porque la distribución del merecimiento en la que se confía no es la del merecimiento deontológico elaborado por los filósofos morales. Por el contrario, es la distribución del merecimiento empírico elaborada por el estudio por parte de los psicólogos sociales sobre la gente común y se justifica por su eficacia en el control de la delincuencia, y no por una noción trascendente del merecimiento justo como valor en sí mismo» (ROBINSON, P. H., «¿Una tregua en la guerra...», *ob. cit.*, p. 45). En el mismo sentido, MIRÓ LLINARES, F., «La función...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES F., «La salud del debate...», *ob. cit.*

misma sirva a la prevención, y ya no como un efecto contingente de la comunicación sino como objetivo a conseguir principalmente. Asimismo, en relación con las dos últimas propuestas, no solamente se indica un objetivo de la pena como es la prevención de conductas disvaliosas, sino que además se fundamenta el establecimiento de tal objetivo en lo que las evidencias empíricas han mostrado sobre el funcionamiento del castigo, forma de proceder que no está presente en las anteriores posturas y que, precisamente por utilizar la realidad medida empíricamente en sus planteamientos hacen que estos adquieran cierta robustez. Pero también tendrán que hacer frente a las preguntas sobre por qué ello cabe conseguirlo con la pena, en concreto, la pena de prisión y, por otro lado, qué es lo que va a limitar esa pena¹⁵¹, a lo que, además, habría que añadir las críticas que se le han ido realizando a las teorías de la prevención general positiva como, por ejemplo, la que se refiere la subordinación del individuo a la norma, en este caso a la norma social dominante

4. RECIENTES POSICIONAMIENTOS QUE PARTEN DEL FUNCIONAMIENTO REAL DEL CASTIGO

Una expresión generalmente atribuida al debate de la función de la pena es que el mismo se ha convertido en ocioso y lleva décadas enconado¹⁵². Pudiera pensarse, en primer lugar, que la tradicional clasificación entre teorías absolutas y relativas suponía en sí misma un obstáculo y un etiquetamiento demasiado encorsetado como para permitir posicionamientos diferentes a los previos. Asimismo, se podría pensar que la literatura angloamericana ha tenido más libertad, o menos prejuicios, a la hora de proponer diferentes teorías de la pena. Por todo ello, podría parecer que las teorías expresivas y comunicativas habían venido a «solucionar» la discusión al

¹⁵¹ Véase RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

¹⁵² MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Prólogo*, en RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

mirar la pena desde otro ángulo. Sin embargo, como se ha analizado anteriormente, los elementos sobre los que se justifica la pena no terminan de diferir demasiado de los elementos normativos nucleares del debate clásico, especialmente en cuanto a los problemas identificados, por lo que resulta difícil afirmar que, en realidad, esos nuevos posicionamientos o debate «moderno» no puedan incluso encuadrarse, si se quisiera, en la clasificación tradicional¹⁵³ con la que se ha venido trabajando en la doctrina continental. Ahora bien, a nuestro juicio sí que es importante resaltar un aspecto «novedoso» con respecto a los posicionamientos consecuencialistas tradicionales. No es que éstos, como veremos a continuación, hayan aportado nuevos elementos normativos al debate, que en realidad ya existían o se

¹⁵³ En este sentido, MIRÓ LLINARES destaca que «puede resultar contraintuitivo decir que el planteamiento de Beccaria respecto a la función del castigo no supuso un cambio de paradigma con respecto al Derecho penal del antiguo régimen, o que no supone un cambio de paradigma la aparición de las posiciones de Kant o Hegel, pero además de que hoy ya se asume que aquellas posiciones estaban mucho más mezcladas de lo que se ha querido ver, lo cierto es que el debate respecto a la justificación, función y distribución del castigo penal ha permitido que tales posicionamientos convivan, que se abandonen y retomen sistemáticamente conforme aparezcan nuevos contextos e, incluso, que se mezclen en posiciones integradoras. El adiós a Kant y Hegel solo fue, en realidad, un hasta luego, como demuestran en el ámbito anglosajón Duff y Moore y en el de influencia continental Mañalich y Kindhäuser, pero el supuesto *revival* del retribucionismo no ha eliminado las posiciones consecuencialistas ni parece previsible que lo haga en el futuro, sino que encuentra nuevos enunciados en planteamientos más alejados de la clásica disuasión o incluso en conceptos típicamente deontologicistas como el de “merecimiento”» (MIRÓ LLINARES, F., «La salud del debate...», *ob. cit.*, pp. 43-44). En este mismo sentido, con un lenguaje irónico BILZ y DARLEY explican que el estudio sobre el castigo al final, con independencia de cómo se le denomine, acaba cayendo en dos campos: el de los consecuencialistas que fundamentan el castigo en la necesidad de conseguir algún objetivo, y el de los retribucionistas, que consideran que el castigo es un bien en sí mismo. Y señalan: «Si usted está en cualquiera de estos campos (y la sabiduría común insiste en que debe estarlo), entonces está en una muy buena compañía, tanto antigua como moderna» (BILZ, K., y DARLEY, J. M., «What’s Wrong with Harmless Theories of Punishment», en *Chicago Kent Law Review*, vol. 79, 2004, p. 1215).

podían encontrar en otros autores¹⁵⁴, sino que han incorporado los conocimientos procedentes de otras ramas especializadas, especialmente de las ciencias sociales, al debate sobre las teorías de la pena para, por un lado, entender realmente los efectos que produce la pena en la realidad; y, por otro, establecer una función de la pena lo más cercana posible a la misma o, como mínimo, conocer qué objetivos de la práctica de penar deben abandonarse por resultar irracionales en la medida en que sean imposibles¹⁵⁵. Esta nueva corriente, tal y como ha afirmado MIRÓ LLINARES, ha surgido «gracias al impulso de los estudios sociales y en el que el comportamiento humano o social pasa de ser una hipótesis simple y asumida para constituir el centro de la discusión y de la argumentación sobre la función de la pena»¹⁵⁶. En un sentido similar, RODRÍGUEZ HORCAJO subraya lo siguiente:

Sin saber cuál es el comportamiento del ser humano en relación con el fenómeno punitivo, y sin analizar qué necesidades y efectos tiene el mismo desde un punto de vista individual y social, poco más se puede hacer en favor de la justificación de la pena estatal. Quedaríamos atrapados así entre unas teorías retributivas que parecen rechazables de principio, unas teorías preventivo-especiales que, aun de poderse demostrar, no atenderían al abanico completo de efectos de la pena, y unas teorías preventivo-generales que bien por carecer de sustrato empírico, o bien por

¹⁵⁴ Así, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*, p. 85, pone de manifiesto, tras un análisis de las distintas teorías de la pena tanto en el ámbito continental como en el anglosajón, que «tanto la doctrina continental como la anglo norteamericana, que comparten, en el mejor de los casos, fuentes históricas comunes, pero que se insertan en tradiciones jurídicas considerablemente divergentes, han llegado a soluciones relativamente similares sin que ello se deba a un análisis recíproco de las distintas posturas, lo que parece indicar que los pasos avanzados en este campo no han sido totalmente equivocados y que nos encontramos en la senda de dar una solución más o menos definitiva a este problema».

¹⁵⁵ PAREDES CASTAÑÓN J. M., «Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 350 págs.», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 21, 2019.

¹⁵⁶ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, p. 12.

fundamentarse en el extremo opuesto al empirismo, reflejan más a un dogma de fe que una teoría científica¹⁵⁷.

En este apartado procederemos a analizar brevemente dos de las aportaciones a la discusión en nuestra doctrina sobre la función de la pena que, a nuestro juicio, resultan especialmente sugerentes por dos razones: en primer lugar, porque rompen con la tendencia general de las propuestas de la función de la pena que generalmente ha trascendido en los términos del debate clásico. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, porque para asignar la función a la pena se ha partido del conocimiento empírico de cómo interactúa la norma con las personas¹⁵⁸, esto es, bajan del concepto abstracto al terreno de la realidad todo lo posible con el conocimiento disponible, evitando así lo que se le ha criticado tanto a las doctrinas prevencionistas como a las retribucionistas: a saber, a las primeras por darlo por sentado, a las segundas por considerarlo irrelevante.

Una de estas recientes propuestas es la de Daniel RODRÍGUEZ HORCAJO, quien aboga por una justificación de la pena exclusivamente consecuencialista, sin necesidad de abrazar ningún elemento del retribucionismo para mantener una pena garantista. Para ello parte tanto de las premisas de la disuasión como de los sentimientos de equidad y cooperación ante la trasgresión de las normas, puestos de manifiesto a través de distintos experimentos procedentes de la psicología social y la economía experimental¹⁵⁹. El autor, una vez realizado un análisis exhaustivo de las teorías de la pena, explica que la opción que parece más factible actualmente para superar los clásicos problemas de las teorías retributivas (i.e. que no pueden responder a para qué se castiga) y las preventivas (i.e. que pueden dar lugar a excesos punitivos injustos) es optar por teorías mixtas. Sin embargo, éstas tampoco pueden superar la crítica relativa a la generación de las antinomias en los fines de

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*, p. 87.

¹⁵⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Prólogo», *ob. cit.* o

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

la pena, por lo que a su juicio este escollo «las convierte en propuestas teóricas que, al menos con relación a este punto, no suponen una alternativa a la retribución pura»¹⁶⁰. En última instancia, las teorías mixtas no han tenido más remedio que acudir a la idea del merecimiento, un elemento que tradicionalmente se entiende dentro de las teorías retributivas, y del que se espera que tenga el rendimiento suficiente como para justificar por qué se le impone a alguien un castigo y por qué no se le impone más castigo que el que es considerado justo/proporcional. No obstante, esa idea clásica del merecimiento y de proporcionalidad sigue adoleciendo, a juicio del autor, de una grave indeterminación práctica. ¿Qué es proporcional?¹⁶¹ Para este autor la indeterminación o arbitrariedad de las respuestas a esta pregunta evidencian la porosidad de la idea de la culpabilidad y la proporcionalidad en la función de la pena:

[...] aunque la idea metafísica de correspondencia entre pena merecida y delito (lo que implica culpabilidad y proporcionalidad) parezca muy sólida, realmente encubre un amplio campo de juego en el que se toman decisiones que se entienden político-criminalmente adecuadas, lo que habla de lo poco concreto de la idea de merecimiento y de lo importante de las consideraciones estratégicas en esta materia¹⁶².

Tampoco el merecimiento empírico sería suficiente para el autor en la determinación de la pena proporcional, porque habría que ver los resultados de algunos estudios empíricos llevados a cabo por ROBINSON en los que, pese a que muestran

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias: ¿Todo en uno?», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (DIRS.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante "lo empírico". Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

¹⁶¹ Es por ello por lo que el autor cita en varios de sus textos a CARRARA cuando expresa que «el precepto de que la pena debe ser proporcionada al delito se ha convertido, por desgracia, en una fórmula nebulosa. Todos ven niebla, todos dicen que existe, pero cuando se trata de ver qué hay dentro de ella, donde la vista de uno descubre un árbol, la de otro ve una torre» (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución...», *ob. cit.*, p. 85).

¹⁶² *Ibid.*

que la ciudadanía puede graduar delitos según la gravedad de los mismos, incluso mostrando que los ciudadanos legos atribuyen merecimientos de pena mucho más benévolos de lo que los tribunales acaban imponiendo aplicando las doctrinas desarrolladas por la academia y la jurisprudencia, siguen siendo desproporcionales («pavorosas»)¹⁶³. O lo que es lo mismo, si el problema del concepto de proporcionalidad en un sentido normativo es el de su indeterminación, para RODRÍGUEZ HORCAJO tampoco la supuesta determinación que ofrece el merecimiento empírico resulta plausible porque en realidad los estudios muestran que la ciudadanía atribuye penas desproporcionales¹⁶⁴. En respuesta a este escenario, para este autor la única opción de la que disponemos es la de acudir a una alternativa estrictamente consecuencialista, esto es, «la de determinar la proporcionalidad cardinal del sistema siguiendo criterios preventivos sofisticados y razonables, que tienen como guía tanto la prohibición de defecto como la prohibición de exceso»¹⁶⁵. En consecuencia, sugiere que nos apartemos de las ideas de justicia y acudamos a las teorías de la prevención social

¹⁶³ Concretamente, dice que «con relación a la proporcionalidad cardinal, y tomando como base, por ejemplo, los resultados del estudio publicado por Robinson en 2017, se puede estar de acuerdo en que el merecimiento (en este caso, el merecimiento empírico) puede ordenar los delitos de una manera más o menos razonable, pero no se puede decir lo mismo de la concreta pena que se asocia a cada uno de ellos. Es cierto que en este punto hay que descontar cierta divergencia cultural entre la perspectiva europeo-continental y la anglonorteamericana, pero en cualquier caso resulta pavoroso ver las penas que los individuos asocian a determinadas conductas delictivas, y todo ello aunque mejoren las que efectivamente fueron impuestas en cada caso siguiendo las normas vigentes». (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución...», *ob. cit.*, p. 88)

¹⁶⁴ En realidad, respecto a esta última crítica quizás se podría cuestionar si precisamente el autor no cae en su propia crítica con respecto a la indeterminación de la proporcionalidad cuando él mismo considera que el merecimiento atribuido por los sujetos de los estudios a cada uno de los delitos sigue siendo a su juicio desproporcional. Tampoco es fácil vislumbrar cómo construye él entonces su idea de proporcionalidad, ya que la desvelada socialmente a través de los estudios empíricos no le resulta suficiente pese a que epistémicamente podría estar más justificada.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución...», *ob. cit.*

como «aparataje más técnico» y más «escrutable»¹⁶⁶. Se trata, en definitiva, de poder analizar y explicar cuándo la amenaza de la

¹⁶⁶ No obstante, coincidimos con PAREDES CASTAÑÓN que esta afirmación, la de que el alejamiento de esas ideas de justicia hacia algo más sofisticado supone una contradicción con el desarrollo empírico que RODRÍGUEZ HORCAJO elabora respecto al papel que juegan los sentimientos y las emociones en este asunto. Efectivamente, «lo más llamativo me parece la exclusión radical de la retribución como objetivo posible de la práctica de conminar con penas a los infractores (actuales o potenciales). Pues previamente se ha establecido con todo lujo de evidencias cómo las emociones morales (de indignación y agravio) y el deseo de retribución forman parte, por razones evolutivas, del arsenal de respuestas innatas de todos los grupos humanos frente al individuo que se desvía de las normas sociales de cooperación. ¿Es posible, entonces, prescindir por completo de dichos factores a la hora de diseñar una institución estatal que, como ocurre con las penas, constituye muchas veces la respuesta colectiva más notoria frente a conductas desviadas?» (PAREDES CASTAÑÓN J. M., «Recensión...», *ob. cit.*, p. 382). Por otro lado, una de las razones que RODRÍGUEZ HORCAJO sostiene para mantener que alejarse de las ideas de justicia o más bien de las intuiciones de justicia y acercarse a otros modelos como los prevenciónistas es que permitiría «aproximarnos a la Política criminal desde un punto de vista más científico, lo que debería llevar a un estudio sosegado del fenómeno criminal y de los efectos que, a través de la pena (y a través de otros instrumentos de política social), pretendemos conseguir» (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución...», *ob. cit.*, p. 88). Sin embargo, no se entiende por qué aproximarse a las intuiciones de justicia de la ciudadanía para integrarlas en el Derecho penal supone un proceso menos científico. Precisamente, las intuiciones de justicia en las que se basa el merecimiento empírico son extraídas a través de estudios empíricos y científicos y, por otro lado, se pretende su integración en el Derecho penal por cuanto ello puede favorecer el cumplimiento de las normas penales tal y como se ha argumentado que se produce mediante estudios también científicos. En la medida en que el autor explica que aproximarnos a una Política criminal desde ese punto de vista científico permitiría una reflexión más sosegada, tal y como merece el uso de una de las armas más poderosas de las que dispone el Estado, pareciera que emplear las intuiciones de justicia, o tomarlas en cuenta, es basarse en la opinión de una ciudadanía poco reflexiva y que puede dar lugar a tendencias populistas. Sin embargo, tal y como hemos indicado en otro lugar, es necesario no identificar el estudio de las intuiciones morales de la ciudadanía con respecto al castigo con las actitudes punitivas o lo que se ha denominado en la literatura populismo punitivo, pues aunque puedan *a priori* tener algún parecido, no son lo mismo (GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ-LLINARES, F., “Do it or do not, there is no “try”: An exploratory quasi-experimental study of intuitions of justice applied to attempt and completion of the crime of homicide», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 17, 2019).

pena puede conseguir esa prevención general social que entiende que tiene lugar y que justifica la amenaza de castigo. En este caso, se alcanzaría dependiendo del tipo de sujeto ante el que nos encontremos:

[...] por un lado, la pena conseguiría modificar el comportamiento de los sujetos que en un momento determinado y con relación a un delito concreto tienen tendencia a cometerlo, mientras que, por otro y simultáneamente, haría que no se viera modificado el comportamiento de los sujetos que en un momento determinado y con relación a un delito concreto no tienen esa tendencia¹⁶⁷.

Dicho de otro modo, no hay que entender que la pena influye a todos por igual, sino que nos influirá de manera distinta a unos y a otros dependiendo del delito y de nuestra disposición positiva a su comisión. Para aquellos sujetos que tienen una tendencia positiva la amenaza de la pena tiene una función disuasoria, «estableciendo una barrera adicional entre dicha disposición y la decisión delictiva»¹⁶⁸. Se acoge aquí a los postulados de la prevención general negativa (FEUERBACH), y los asume, aunque a su vez también acepta que «todavía no podemos explicar a la perfección el funcionamiento de la disuasión, ni mucho menos fijar una relación estable entre la variación de las penas y la variación en las cifras de comisión del delito»¹⁶⁹. Sin embargo, no supone esto último un obstáculo para el autor para negar la «evidente» fuerza disuasoria del castigo¹⁷⁰,

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*, p. 298.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ En relación con este compromiso del autor con respecto a la capacidad disuasoria de la pena, coincidimos con la crítica que ha esbozado MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, p. 18, en el sentido de que es necesario no confundir la capacidad disuasoria absoluta del sistema penal. Resulta plausible, si no poco controvertido, que el sistema de penal disuade en la medida en que sin su existencia con seguridad el incumplimiento de las normas penales sería mucho mayor. Pero de ahí, no se puede derivar o no nos podemos comprometer a que la pena se deba distribuir sobre la base de este criterio porque disuade. Ello implica un salto

ya que resulta en cierta medida de «sentido común» que en una sociedad la institución del castigo disuade más que si el mismo no se diera. Pero, además, con respecto al resto de individuos que no presentan esa tendencia positiva, la amenaza de castigo «consigue que su comportamiento no cambie»¹⁷¹, neutralizando así un posible desánimo cooperativo y la inseguridad sobre los comportamientos futuros. Así, con respecto al desánimo cooperativo, la pena impuesta al que ha dejado de cooperar con el delito lanza un mensaje a toda la sociedad «de compromiso con la cooperación y de rechazo de los comportamientos que no sigan dicho patrón»¹⁷². El Estado les estaría comunicando al resto de miembros de la comunidad que la cooperación sigue siendo el camino. A su vez, en relación con la inseguridad que pueda producir el delito con respecto al comportamiento futuro, la pena tendría una función de mantener las expectativas del comportamiento, «eliminando la desorientación generada por el delito y fortaleciendo las bases de la confianza recíproca»¹⁷³.

Por su parte, MIRÓ LLINARES desarrolló recientemente la teoría de la triple función confirmatoria de la pena¹⁷⁴. Este autor, partiendo de la premisa de que la sanción penal tiene capacidad para motivar la conducta humana (hacia el cumplimiento), pone en duda que esa capacidad venga dada por lo que tradicionalmente se ha argumentado de la disuasión. Para ello acude a una abundante literatura empírica en la que se evidencia

demasiado arriesgado, y lo es porque los estudios empíricos lo que han puesto en duda no es la disuasión absoluta sino la marginal, es decir, que la enunciación de la pena por sí misma o más concretamente, la severidad de la misma por sí misma produzca esos efectos disuasorios. Así, «lo que sucede es que a los efectos de cuál debe ser el principio para distribuir la pena lo relevante no es si el Sistema Penal disuade, sino si la conminación de una pena sobre la base de su severidad disuadirá, y esto ya ni es tan intuitivo ni se puede considerar demostrado por los resultados que más bien muestran que los incrementos punitivos en los delitos más terribles no desincentivan su comisión».

¹⁷¹ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*, p. 299

¹⁷² *Ibidem.*

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la función...», *ob. cit.*

la crisis de estos enfoques. Con este fin, se parte de que la pena da motivos para cumplir las leyes penales, pero los motivos y factores del cumplimiento de las normas penales son otros en atención a lo que los estudios sobre el comportamiento humano y las normas han revelado hasta el momento. Por esta razón, no se habla de una función disuasoria o de prevención intimidatoria, sino que la pena tendría funciones de prevención individual y social. En este sentido, a través de una exposición de lo que los estudios han ido relevando, MIRÓ LLINARES pone de manifiesto que la norma penal no solamente expresa una amenaza, sino que expresa «lo que parecen ser los motores más poderosos del comportamiento humano: las creencias morales y la pertenencia a un grupo social»¹⁷⁵. Así, la norma penal vendría a expresar un modelo de conducta socialmente adecuado y que, precisamente por cómo se configura el mismo, está revestido de legitimidad formal «y, usualmente, material»¹⁷⁶. De esta forma, cuando se configuran las normas penales de manera que éstas coinciden con las intuiciones de justicia de la ciudadanía, con la norma se comunica a la sociedad cuál es el comportamiento socialmente adecuado, activando «tanto el mecanismo de la influencia social como el de la legitimidad moral»¹⁷⁷. En atención a lo anterior, la teoría de la triple función confirmatoria de la pena reza como sigue: aceptando que la función del Derecho penal es la protección de los intereses esenciales de la sociedad dignos de tutela penal:

- En la fase de enunciación de la pena, la función es la de prevenir. Pero la prevención se produce porque la norma penal comunica el modelo de conducta social a seguir, le informa a la ciudadanía cuál ese modelo y por lo tanto el comportamiento socialmente aceptado. En palabras del autor, «el análisis profundo de la literatura criminológica y de los estudios sociales en los que ésta se basa pone de manifiesto que la función de la pena en esa fase es la de confirmar comunicativamente el modelo social de

¹⁷⁵ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, p. 20

¹⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁷⁷ *Ibidem.*

conducta legítimo reforzando, así, la tendencia al cumplimiento de las personas como sujetos sociales»¹⁷⁸. En otras palabras, mediante la enunciación de la norma se produce una «expresión del modelo de conducta adecuado que el legislador comunica al decir que castiga algo y que, si se corresponde con las intuiciones de justicia y es percibido como legítimo, tendrá más posibilidades de ser cumplido por los ciudadanos»¹⁷⁹. Admite aquí el autor que, aunque no es la función principal de esta fase de la pena, como consecuencia de la enunciación puede producirse un efecto colateral disuasorio para aquellas personas a las que a pesar de que se les comunica cuál es el modelo de conducta social deciden o quieren apartarse del mismo. Si ello es así, el principio distributivo de la pena más adecuado instrumentalmente es el del merecimiento empírico elaborado y desarrollado por ROBINSON. Si en la fase de enunciación la pena comunica el modelo de conducta social a seguir, y el mismo se ha establecido sobre la base de las normas sociales y de las intuiciones de justicia de la ciudadanía legítima (en tanto en cuanto ello las inviste de legitimidad sustantiva), parece adecuado que la distribución de la pena también responda a esa misma lógica en aras a una maximización de la utilidad preventiva.

- En la fase de imposición la pena tiene una función de confirmación de la vigencia del modelo de conducta social adecuado en la medida en que el mensaje que se transmite con la imposición de la pena debe ser coherente con el mensaje que se ha lanzado en la fase de enunciación. La imposición reafirma el modelo de conducta social aceptado y a seguir, y es necesaria por cuanto los estudios científicos han revelado sobre la cooperación del grupo. Por otro lado, es necesaria la

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 31.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 32

imposición para seguir revistiendo de legitimidad a la norma penal:

Si en fase impositiva no se impone una pena al que incumple el modelo de conducta quedaría herido de muerte, no sólo porque, implícitamente, se afirmaría que hay una norma social que va en sentido contrario, sino porque el sistema no funcionaría y, como ya se dijo y ha demostrado Tyler, la falta de un trato equitativo desvirtuaría el sistema e incidiría en el cumplimiento, por lo que tampoco se cumpliría la primera función confirmatoria de la sanción penal¹⁸⁰.

Si el autor agotara aquí su teoría, a ningún lector se le escaparían las posibles críticas que se podrían argüir. En concreto dos. La primera es que el modelo de conducta socialmente aceptado y puesto de manifiesto a través de las normas penales podría no ser legítimo y, por tanto, legitimar la criminalización de conductas cuyo único motivo fuera que socialmente se consideraran inadecuadas o inaceptables, es decir, no se provee de criterios materiales para dirimir la legitimidad de la intervención penal¹⁸¹. La segunda crítica es que, aunque la cantidad de pena se distribuyera en atención al merecimiento empírico nada podría asegurarnos que esa distribución no acabara siendo draconiana o, como manifiesta RODRÍGUEZ HORCAJO, las penas no acabaran siendo «pavorosas».

Con respecto a la primera crítica, también ésta hace surgir el debate sobre si no es la propia sociedad la que, al fin y al cabo, determina cuáles son los bienes jurídicos o intereses sociales que merecen tutela penal y cuáles no. De hecho, la evolución de una determinada sociedad es la que permite la protección de intereses que anteriormente no eran considerados socialmente valiosos (i.e. el medio ambiente, los animales, u otras cuestiones

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸¹ Así, este posicionamiento compartiría esta crítica con la que en su día se esgrimió contra la teoría de Günter JAKOBS, la que podría esgrimirse contra KAHAN, o también la que incluso reconoce el propio ROBINSON.

que adquieren un cariz moral distinto al que tenían en épocas pasadas). Y, en última instancia, es el parlamento democrático el encargado de promulgar las normas penales, avalando las convicciones sociales que revestirán de legitimidad sustantiva a las mismas¹⁸² y mediante las que se expresarán los modelos de conducta a seguir y la interiorización de estas normas con los efectos instrumentales preventivos que se pudieran derivar. Pero, entonces, ¿no tendrían límites estas convicciones sociales o modelos de conducta? Para el autor sí tendrían límites, y por ello establece una cláusula de cierre de su propia teoría en la legitimidad deontológica de la misma.

- MIRÓ LLINARES sostiene que es necesario justificar la pena (en su enunciación e imposición) atendiendo a las consecuencias y establecer límites a la misma en la dignidad y el respeto a las garantías de los ciudadanos:

[...] si admitimos que con la imposición de penas se está privando a las personas derechos fundamentales, y aceptamos la dignidad de la persona como esencia de nuestro sistema jurídico y el Estado social y democrático de Derecho como marco político de nuestro Derecho penal, se admitirá como finalidad del sistema la propia reducción de la violencia punitiva del Estado lo que exigirá el respeto de todas las garantías individuales y que la sanción sea la estrictamente necesaria¹⁸³.

Efectivamente, la dignidad de la persona es la que sirve de límite a las otras dos funciones y también confirma la vigencia de la norma de un Estado democrático de Derecho, «por lo que aquellas sanciones que, conforme a la moral social resulten adecuadas y tengan capacidad preventiva, pero, a su vez, supongan una negación de la dignidad personal y no respeten las

¹⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2013.

¹⁸³ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, pp. 35-36.

garantías constitucionales, no resultarían legítimas»¹⁸⁴. Por ello, a diferencia de RODRÍGUEZ HORCAJO, MIRÓ LLINARES no rehúye del principio de culpabilidad, sino que además le atribuye una función confirmatoria de nuestro sistema penal que incluye también los límites y garantías de la intervención¹⁸⁵.

5. A BENEFICIO DE INVENTARIO

Las dos anteriores posiciones suponen, a nuestro juicio, si no quiere calificarse de «avance», al menos, una perspectiva distinta de abordaje de los fines y la justificación del castigo a como tradicionalmente se había venido haciendo. Ese abordaje distinto, por supuesto, no radica en el descubrimiento de ningún elemento o concepto que no hubiera sido puesto de manifiesto ya en el extenso y arenoso debate sobre la función, el fin y la justificación de la pena. Más bien se encuentra en que estas posiciones, en lugar de proponer teorías abstractas, recogen la información empírica sobre qué efectos tiene el castigo y cómo funciona en realidad la pena para posteriormente proponer una teoría lo más ajustada posible a ese funcionamiento, a la vez que proponen límites normativos para evitar excesos punitivos. Somos conscientes de que esta forma de proceder puede hacer saltar, como normalmente lo hace, dos alarmas: la de la falacia naturalista¹⁸⁶ y la de la confusión entre la explicación del castigo

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Sin embargo, tampoco puede decirse que este planteamiento esté exento de puntos débiles. Así, la teoría de la triple función confirmatoria de la pena sería una teoría que en términos generales resulta coherente y también consecuente con las evidencias empíricas sobre el comportamiento de las personas frente a las normas, pero también es cierto que de ella no se puede derivar por ejemplo la necesidad de, en determinados casos, desviarse de las normas sociales cuando ello fuera aconsejable tanto en términos de justicia como en términos instrumentales. Piénsese por ejemplo en los supuestos de suspensión de la pena. Pero también, esta teoría no concreta una de las consecuencias de la tercera función relativa a la minimización de la violencia estatal cual es la de establecer la pena estrictamente necesaria.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 325.

y la justificación de este¹⁸⁷. En relación con ello, en la dogmática se suele señalar que hay que diferenciar entre el «ser» y el «deber ser» para no caer en el error lógico de la falacia naturalista. Para DEMETRIO CRESPO, por ejemplo,

[...] el problema de los fines de la pena, como el más amplio de los fines del Derecho Penal en general, puede hacerse en dos niveles fundamentales de razonamiento totalmente distintos y que conviene aclarar desde el principio: el nivel del “ser”, que corresponderá a los análisis empíricos sobre las funciones sociales que el Derecho Penal cumple realmente, y el nivel del “deber ser”, es decir, el análisis de los fines de la pena y del Derecho penal que deben cumplir a la luz del derecho positivo y los principios que lo informan¹⁸⁸.

Asimismo, añade el autor que en la medida de lo posible es algo positivo que ambos planos coincidan, ello sería bueno en virtud de una mayor coherencia y racionalidad del sistema penal. Pero diera la sensación de que, aunque se reconoce que es deseable que ambos planos estén alineados, a poco que se trate de integrar el conocimiento empírico sobre los efectos de la sanción penal en la teoría sobre la pena, salta la luz roja de la «posible» falacia lógica. Por ello, quizás es más habitual encontrar teorías abstractas sobre la función de la pena, propias del plano del «deber ser», incluso a sabiendas de que posiblemente en el otro plano los mecanismos no funcionen como se explica que «debieran» funcionar. Quizá se supone que esto es lo que en el ámbito del Derecho penal y la dogmática es lo que hay que hacer, ocuparnos de ese plano, ya que lo que nos pueda aportar el conocimiento científico de tales efectos, si lo integramos, podría resultar en una teoría falaz¹⁸⁹. Esto, sin

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

¹⁸⁸ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, BdF, Buenos Aires, 2016, p. 43-44

¹⁸⁹ Por ello, a juicio de MIRÓ LLINARES, el malentendido que hay con respecto a la falacia naturalista no es en torno a lo que ella significa o implica, sino más bien con respecto a su alcance (MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas: una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad

embargo, también podría dar lugar a lo que se ha denominado la falacia normativista¹⁹⁰. No procede entrar aquí a exponer el debate sobre la falacia naturalista¹⁹¹ y su contraria, pero baste con apuntar que ya desde SEARLE¹⁹² se han esbozado distintas estrategias para no caer en la primera. Así, si bien es cierto que el que derive enunciados valorativos *únicamente* a partir de enunciados descriptivos cae inevitablemente en esta falacia, también lo es que, en muchas ocasiones, si se «araña» un poco,

fáctica en el Derecho penal», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. (COORDS.), *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en Homenaje al prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018).

¹⁹⁰ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Justicia penal y pensamiento científico», en *RJUAM*, núm. 23, 2011: «Todavía hoy es muy mayoritaria entre los juristas la, no por extendida menos discutible tesis de la especificidad, en un sentido fuerte, de lo normativo. Por sentido fuerte puede entenderse no la (trivialmente correcta) afirmación de que el mundo del Derecho es un mundo de normas, y por ello relativo a lo que debe ser, sino de que este deber ser no puede derivarse del ser sin incurrir en una supuesta falacia naturalista. Claro está que no se aclara a continuación de dónde debería entonces derivarse, sin apelar a la metafísica o incurrir en circularidad, pero eso no parece ser un obstáculo para las teorías normativas más radicales. Que a estas alturas se siga poniendo en duda la ciencia -toda ella, también la que se dedica a investigar cómo deben ser las cosas-, tiene que ver con la realidad y solo con la realidad, es una primera quiebra en la aceptación del método científico, imputable en este caso a los juristas». Por su parte, ZÚNIGA, L., «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los Derechos Humanos», en *Derecho*, núm. 81, 2018: «la dogmática no puede aceptar acriticamente las proposiciones que le plantea la política criminal porque caería en la *falacia naturalista*: “el ser” sería considerado “deber ser”. Pero tampoco puede la dogmática plantear soluciones sin atender a la política criminal porque caería en la *falacia normativista*: “deber ser” como “el ser”. En el primer caso, sería una propuesta sociologista y en el segundo, idealista. Así, por ejemplo, no podría darse una criminalización ni un aumento de penas porque lo piden las encuestas, porque le faltaría ser tamizada por el componente normativo de los principios y categorías penales. Mientras que en un supuesto idealista sería seguir manteniendo posturas que no corresponde con la realidad, como sería admitir la resocialización en todos los casos, cuando hay supuestos en que esta no es posible».

¹⁹¹ Véase por ejemplo HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*, Distribuciones Fontamara, México, 2009.

¹⁹² SEARLE, J., *Actos de habla: ensayo filosófico de filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 1990.

cabe ver que entre esos enunciados descriptivos desde los que se parte también hay enunciados valorativos o de «deber ser», por lo que, a partir de esa identificación, el razonamiento se vuelve formalmente válido¹⁹³, cancelando ese supuesto error lógico.

Por otro lado, y en cuanto a la confusión entre explicación y justificación, estamos de acuerdo con RODRÍGUEZ HORCAJO en que ello no es una barrera infranqueable. En su opinión:

[...] aunque tradicionalmente se haya pretendido separar la explicación y la justificación de la pena, resulta llamativo que la mayoría de las teorías de la pena acaben considerando como criterio de justificación cuestiones que tienen que ver con el funcionamiento de la pena, de tal manera que ni ahora quedan entremezclados estos dos estadios, ni antes estuvieron tan separados. Lo cierto es que ni mezclados ni separados, los momentos de la explicación y la justificación están

¹⁹³ Así lo explica con claridad VALIENTE IVÁÑEZ, V., «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del Derecho penal. Una primera aproximación al problema», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (DIRS.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante "lo empírico". Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 160: «Esta objeción debe ser atendida no solo por los planteamientos que sugieren el estudio del Derecho desde una perspectiva empíricamente informada, sino también por todo aquel desde el que se pretenda argumentar y conocer en un ámbito normativo. Sin embargo, ello no debiera servir como pretexto para que el ámbito de lo normativo diese la espalda al ámbito de lo empírico, pues «lo que somos no puede ser irrelevante para lo que debemos ser». Además, son numerosas las estrategias que se han ideado para evitar o desmitificar la falacia naturalista. En este último sentido cabe entender la noción de «falacia de la falacia naturalista», célebremente propuesta por Searle y según la cual en ocasiones constituye una falacia la acusación de que «es lógicamente imposible que algún conjunto de enunciados del género usualmente llamado descriptivo entrañe un enunciado del género usualmente llamado evaluativo». Muy brevemente, la idea es que enunciados que son claramente casos que los teóricos en cuestión considerarían «descriptivos» entrañan, si uno repara en ellos con mayor detalle, enunciados que son claramente casos de lo que los teóricos en cuestión considerarían evaluativos». Igualmente lo explican AGUIAR, F., GAITÁN, A., y VICIANA, H., *Una introducción a la ética experimental*, Cátedra, Madrid, 2020.

irremediamente unidos sin poderse distinguir nítidamente dónde termina uno y empieza el otro, sin tener demasiado sentido establecer una distinción tajante entre ambos¹⁹⁴

En definitiva, que en la doctrina a veces se confundan ambos planos no es justificación suficiente para establecer que la separación entre ellos no sea relevante, pero sí lo es que, como asume también el autor, si se acepta o se parte de que la pena está justificada, es decir, está establecida la finalidad última de la misma, también lo estarán los fines instrumentales para su consecución, sin que ello implique dejar de lado los correspondientes límites valorativos¹⁹⁵.



¹⁹⁴ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*



CAPÍTULO II. LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL DEL DERECHO PENAL Y LA PENA

1. EL DERECHO PENAL ORIENTADO A LAS CONSECUENCIAS Y SU ESENCIA INSTRUMENTAL

Es habitual tildar al debate sobre las teorías de la pena de ocioso en la medida que, a pesar de los intentos por formular teorías que traten de superar los problemas (normativos) de las precedentes o de las opuestas, no parece que se dé con una solución definitiva, dando la sensación al lector interesado en la cuestión de una circularidad inacabable. No obstante, sería injusto no reconocer un cierto avance en lo que a la consideración de los efectos o consecuencias de la pena medidas empíricamente se refiere¹⁹⁶, bien para reformular posturas, bien para determinar el alcance real (cómo de acertadas son) de las hipótesis que tradicionalmente asumen las teorías de la pena que parten de presupuestos fácticos (i.e. la prevención general negativa intimidatoria¹⁹⁷ o aspectos de la prevención general positiva). Se apuntaba al finalizar el anterior capítulo que los nuevos planteamientos parten de la necesidad de acercar el debate lo máximo posible a la realidad. De entender los mecanismos que operan entre el ser humano y la pena con el

¹⁹⁶ MIRÓ LLINARES, en una revisión sistemática sobre las publicaciones en torno a la función de la pena, mostró que aunque todavía es incipiente, «el esquema tradicional de división entre teorías absolutas y relativas está ya superado; la terminología clásica está claramente en revisión; y aparecen nuevos métodos usados para la reflexión, habiendo pasado de despreciar el marco de comprensión empírica de la pena y su aplicación en relación con el debate sobre su función y justificación, a comenzar a tenerlo en cuenta, bien como fundamento esencial o bien como apoyo argumental secundario» (MIRÓ LLINARES, F., «La salud...», *ob. cit.*, p. 67).

¹⁹⁷ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», en *Indret*, núm. 4, 2013; MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

objetivo último de formular una teoría que sea acorde o se acerque a la máxima capacidad preventiva posible o, si se prefiere, para «determinar los límites de lo que es posible alcanzar a través de la conminación con penas» y no exigir funciones a una teoría de la pena que sean imposibles¹⁹⁸. Estos planteamientos tienen, a su vez, como premisa de base la orientación a las consecuencias del Derecho penal, esto es, el entendimiento de que el Derecho penal sirve a fines que son beneficiosos para la protección de la sociedad y sirve como un medio de control social del que dispone el Estado para mantener el delito dentro de unos límites tolerables¹⁹⁹. Siguiendo el argumento, si entendemos que el Derecho penal debe estar orientado a las consecuencias²⁰⁰, ello implica, por un lado, que debemos rechazar la justificación de la pena en los términos expuestos por una teoría absoluta y, por otro, que los mecanismos por medio de los cuales se puede averiguar el alcance motivador o directivo de la norma penal nos deben

¹⁹⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo...», *ob. cit.*, p. 381

¹⁹⁹ MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Capítulo 1: Aproximación a la política criminal y las instituciones del control del delito en España», en MEDINA ARIZA, J. (Coord.), *Instituciones de control del delito*, Dykinson, Madrid, 2022.

²⁰⁰ Cuando se hace referencia al Derecho penal orientado a las consecuencias se está haciendo referencia a tener en cuenta el impacto o repercusión que las instituciones, conceptos y principios del Derecho penal tendrán en la realidad social, esto es, tener en cuenta la «aptitud funcional» que tienen las instituciones para resolver problemas (BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», en *ADPCP*, vol. LVI, 2003). En este sentido, debemos tener en cuenta que el consecuencialismo es aquella corriente de las teorías de lo correcto de conformidad con la cual, una vez determinados los valores de los sujetos o una institución, las acciones o respuestas a tales valores deben ir dirigidos a su fomento (PETIT, P., «El consecuencialismo», en *Compendio de Ética*, Alianza, Madrid, 1995, pp. 324-326). Así, el consecuencialismo nos ofrece una regla según la cual, una vez establecidos los valores, el individuo o las instituciones deben dirigirse a su realización o consecución. En el ámbito del Derecho penal, entonces, una vez establecida la importancia de la protección de bienes jurídicos o intereses sociales relevantes, la pena debe orientarse a tal fin.

importar, y esto último pasa inexcusablemente por atender a las evidencias empíricas. Como explica ALCÁCER GUIRAO:

[...] si queremos justificar la pena como institución social, es decir, como instrumento para la satisfacción de necesidades humanas y no como respuesta a un imperativo categórico de justicia impuesto desde instancias metafísicas o ultraterrenas [...] la justificación de su existencia ha de venir dada, en otras palabras, desde premisas utilitaristas²⁰¹.

Entendidas éstas últimas, según el autor, en la vertiente relativa a la naturaleza de la ética del resultado. O lo que es lo mismo, que el Derecho penal tenga como objetivo la noble finalidad de la protección de los bienes jurídicos o de los intereses sociales más relevantes implica que la finalidad, en todo o en parte, de la pena debe adecuarse a la prevención de conductas disvaliosas²⁰². Y ello nos hace atender a la realidad también para analizar la función de la pena y sus efectos²⁰³,

²⁰¹ ALCÁCER GUIRAO, A., «Los fines del Derecho penal...», *ob. cit.*, p. 379.

²⁰² MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (COORD.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019; MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, 2018, entre otros.

²⁰³ Por ello, como afirma MIRÓ LLINARES, «Sólo desde una posición absolutamente retributiva-deontologicista del Derecho penal que defienda una separación entre la justicia moral normativa y la realidad en todos y cada uno de los planos de la justificación penal, podría negarse la relevancia de tal realidad y de tales consecuencias». Sin embargo, a juicio del autor, «esto no es posible, pues desde el momento en que integremos en el plano de la justificación moral de los fines del Derecho penal, que no de la pena, la protección de bienes jurídicos y el mantenimiento del orden social, tendrá que aceptarse, al menos para la justificación instrumental de la pena, que son relevantes los efectos que la misma desarrolle en las personas» (MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, pp. 30-31). Asimismo, ALCÁCER GUIRAO, R., «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», en *ADPC*, vol. 52, 1999, p. 179: «el análisis empírico va, entonces, indisolublemente unido a toda racionalidad utilitarista, hasta el punto de que desde los resultados de dicho análisis puede llegar a deslegitimarse el fin propuesto de la pena: si, rechazada la justificación absoluta de la pena, sólo la pena útil es la legítima, la misma

especialmente ahora que las ciencias sociales están lo suficientemente desarrolladas como para ofrecernos algunas respuestas (siempre con carácter provisional) a las hipótesis sobre la función de la pena que se han venido dando por sentadas²⁰⁴. En este sentido, posiblemente no haya terreno más fértil para la comprobación empírica de los elementos nucleares del Derecho penal como la relativa a cuál es la función que la pena cumple²⁰⁵ en la realidad, a saber, la de la comprobación

habrá de justificarse, en primer lugar, a partir del hecho fáctico de que es efectiva en orden a dicha utilidad, de que cumple, en el plano de la realidad fáctica, los fines normativamente dispuestos».

²⁰⁴ De acuerdo con PAREDES CASTAÑÓN, «en pleno siglo XXI, a la vista del desarrollo que las ciencias del comportamiento han venido experimentando a lo largo de los últimos cien años, parece inaceptable seguir discutiendo sobre los fines de las penas y sobre la función del Derecho Penal en un plano puramente filosófico, ético y/o político (como inevitablemente tenían que hacerlo todavía no solamente I. Kant o G. W. F. Hegel, sino incluso los penalistas alemanes de la primera mitad del siglo XX). Hoy, discutir racionalmente sobre cualquier actuación estatal, sobre cualquier política pública (y, sin duda, la conminación, imposición y ejecución de penas son instituciones que forman parte de dichas políticas, exige hablar sobre lo que sabemos ya -y detectar qué es lo que aún nos falta por saber- acerca de los efectos individuales y sociales de las mismas» (PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo...», *ob. cit.*, p. 379). En un mismo sentido, afirmaba GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que «asistimos a un proceso de racionalización del Derecho Penal que obliga a revisar, empíricamente, la propia naturaleza del *ius puniendi*, su rol *instrumental*, los criterios de su intervención en los conflictos sociales, y, desde luego, la efectividad real de sus instrumentos y los costes sociales de aquella. La teoría de la pena es, desde sus orígenes, una polémica doctrinal sobre los fines que se *asignan* al castigo, que éste *debe* cumplir. Pero en definitiva, una discusión que hunde sus raíces en la Filosofía, la Ética, la Política. La Metafísica, como dirían los positivistas. El proceso de racionalización del Derecho Penal reclama una revisión de tal polémica, pero a la vista de la experiencia científico-empírica, esto es, criminológica, que traslade el centro del debate del mundo del *deber ser* al del *ser* y que arroje algo de luz al problema de la efectividad del castigo», (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 324).

²⁰⁵ En este sentido, autores como MIRÓ LLINARES abogan por un paso empírico en la dogmática, poniendo de relieve la necesidad de atender a la realidad de forma ordenada a través del método científico. Si bien matiza que esto no significa defender automáticamente que todos los conceptos en Derecho penal deban someterse a la contrastación empírica, pero sí algunos de ellos (MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas...», *ob. cit.*)

empírica de las hipótesis que se encuentran detrás de aquellas teorías que defienden la capacidad directiva de la norma penal²⁰⁶.

Asentar lo anterior le podrá resultar al lector de este texto tan evidente, por repetitivo, que a penas merecería dedicarle unas páginas a esta premisa. Si la mayoría de la dogmática y la doctrina coincidiría con este presupuesto, ¿por qué molestarse si quiera en evidenciarlo y repetirlo una vez más? A nuestro juicio porque, aunque se dé por asumido, lo cierto es que se obvia o se olvida con cierta comodidad en el debate sobre la justificación de la pena que si las consecuencias (la prevención) son importantes y el Derecho penal debe atender a la mismas, éstas, salvo excepciones, ni se observan ni se integran en el propio debate que sigue llevándose a cabo en términos



²⁰⁶ Para HÖRNLE, T., *Teorías de la pena...*, *ob. cit.*, ante la pregunta «¿cuál es el fin de las normas de las leyes penales?», indica que «es difícil poner en duda que las leyes penales están al servicio de un fin: se trata de un acto de comunicación [...] Las leyes penales deben expresar formal y públicamente valores esenciales de la comunidad y dar a los ciudadanos buenas razones para comportarse de una determinada manera. Con independencia de si se parte de la existencia de normas primarias de comportamiento, hay que partir de que, en todo caso, las normas de sanción deben operar dirigiendo el comportamiento». Igualmente, MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, *ob. cit.*, p. 43-44: «En efecto el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir un significado directivo (en este sentido, “imperativo”), de la regulación social, a la norma jurídico-penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos»; MIR PUIG, S., «Límites...», *ob. cit.*, pp. 17-18.

conceptuales²⁰⁷, relegando lo fáctico en demasiadas ocasiones²⁰⁸. Como señala ORTIZ DE URBINA GIMENO contundentemente, la

²⁰⁷ Como afirma ORTIZ DE URBINA GIMENO en relación con la escasa observación por parte de la dogmática del Análisis Económico del Derecho pero cuya crítica se puede hacer en general con respecto a la observación de la información proporcionada por las ciencias sociales empíricas: «como en tantas otras ocasiones, la proclamada apertura a las ciencias sociales de los juristas penales resulta no ser sino un expediente retórico sin consecuencias prácticas: a la hora de la verdad, el interés por entenderlas y evaluar el alcance de sus propuestas para el quehacer jurídico se quedan en nada, y el derecho penal continúa al margen de otras disciplinas. Una situación de aislamiento que, se nos dice, caracteriza a las disciplinas atrasadas» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis Económico del Derecho y Política Criminal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 2004, p. 34). Sobre este aislacionismo de la dogmática penal, véase en profundidad la crítica esgrimida por MIRÓ LLINARES, F., «Cientismo, dogmatismo y Derecho penal», en de VICENTE REMESAL, J., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., PAREDES CASTAÑÓN, J. M., OLAIZOLA NOGALES, I., TRAPERERO BARREALES, M. A., ROSO CAÑADILLAS, R., y LOMBANA VILLALBA, J. A. (DIRS.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70^a aniversario*, Reus, 2020. En un sentido igualmente crítico, DONINI recuperando y coincidiendo con la crítica de HASSEMER en este sentido: «Hassemer ha observado en diversas ocasiones que la dogmática orientada en sentido político-criminal a las consecuencias adolece de una auténtica orientación a las consecuencias, esto es, falta de sensibilidad respecto al banco de pruebas que constituye el saber empírico, la verificación. Si individualizamos “rationes”, “fines”, o bien, “funciones” de forma puramente idealista, teórico-abstracta o ideológica, se opera con valores, con fines, con el “debe ser” pero no se verifican nunca las auténticas funciones preventivas a la luz de investigaciones empíricas. Esta “prevención”, sino está sujeta a verificación y a falsabilidad, no es más que un puro disfraz ideológico, una organización intelectual de lo que existe para que sea culturalmente aceptable» (DONINI, M., «La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico» en ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., Y NIETO MARTÍN, A. (COORDS.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 87).

²⁰⁸ A este respecto, resulta interesante el análisis que realiza MIRÓ LLINARES sobre cómo se ha acercado la dogmática tradicionalmente a la realidad: «En efecto, no se puede decir que la política criminal o el Derecho penal se hagan a espaldas a la realidad, pero tampoco creo que se pueda decir, por el mero hecho de que ahora se tengan en consideración estudios empíricos, que se esté construyendo desde ella». Considera el autor que este acercamiento a la realidad, a los datos científicos que interesan al Derecho

mayoría de la manualística en Derecho penal que parte de esta misma premisa y procede a la exposición sobre las teorías de la pena sigue tres pasos: en primer lugar, se describen, como se ha hecho aquí en la aproximación al debate clásico, las justificaciones retributivas que apelan al valor intrínseco de la imposición del castigo para posteriormente concluir por qué estas teorías son rechazables. En segundo lugar, se abordan las teorías preventivas, pero desde un punto de vista más conceptual a pesar de que son tesis eminentemente fácticas. En tercer lugar, el análisis termina con la exposición de las teorías mixtas. Sobre este particular, señala el autor que la situación es tan grave que:

[...] ni siquiera se hace uso alguno de los numerosos textos que proporcionan útiles revisiones de la investigación en la materia [...] En lugar de ofrecer referencias criminológicas, la mayoría de los penalistas citan textos de otros penalistas, que a su vez citan mayormente textos de penalistas anteriores, algunos de los cuales recogen información criminológica de su época ya desfasada²⁰⁹.

penal no se han realizado de una manera metodológicamente adecuada. Así, tanto la dogmática como los legisladores y responsables de la política criminal se habrían acercado a la realidad incurriendo en tres defectos: mediante observaciones asistemáticas, de segundo orden y con cierto atrincheramiento y sesgo cognitivo (MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas...», *ob. cit.*, p. 460).

²⁰⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (COORD.), *Derecho, sanción y justicia penal*, BdeF, Buenos Aires, 2017, p. 421, nota a pie de página número 6. No obstante, parece que esto no es algo que únicamente suceda en los manuales de Derecho penal del ámbito continental. MEARES, KATYAL y KAHAN realizan una crítica similar cuando explican que: «Inundados por una doctrina tras otra, muchos estudiosos del derecho penal se contentan ahora con aceptar normas jurídicas técnicas en lugar de preguntarse si esas normas se ajustan a los conocimientos modernos sobre el comportamiento humano. En los últimos años se ha producido un enorme flujo de investigación en economía, psicología, sociología y otras disciplinas sobre cómo las instituciones, los incentivos y las normas afectan realmente al comportamiento. Esta investigación ha tenido un impacto

Si bien lo anterior parece una caricatura de lo que realmente es el debate sobre la justificación de la pena, resulta difícil encontrar actualmente un manual en Derecho penal que no siga este esquema y no caiga en las carencias que señala el autor. En resumidas cuentas, pese a que se asume que hay que atender a las consecuencias, la exposición del debate en estos términos cae en la contradicción que implica asumir un modelo de justificación consecuencialista y no tener en cuenta las evidencias empíricas sobre las propias consecuencias²¹⁰. «Esto es: se indica el criterio que permitiría determinar si la pena está justificada, pero no se molesta en verificar si el criterio se cumple o no. En este extremo el modelo resulta incompleto»²¹¹. Esta falta de verificación generalizada en nuestra dogmática es lo que GARCÍA AMADO ha denominado «la paradoja básica de la dogmática penal» que reza como sigue:

Al fundamentar la pena en sus efectos preventivos, pierde congruencia práctica, congruencia externa (si así se puede decir), congruencia entre fines y medios, ya que se desentiende grandemente del análisis de los efectos individuales y sociales de las sanciones. Ese desajuste entre proclamación de fines

significativo en los estudios de derecho penal. Sin embargo, no ha tenido casi ninguna repercusión en los libros de texto populares de derecho penal y, por tanto (sospechamos), casi ninguna en la formación de los abogados penalistas. La estrechez del derecho penal convencional es desafortunada. La implosión puede dar lugar a respuestas incompletas a antiguas cuestiones de derecho penal, y ha disuadido a los abogados penalistas de plantear preguntas que son habituales en otras áreas del derecho. Y lo que es más importante, el hecho de no abordar plenamente en el aula el tipo de cuestiones que se plantean en la doctrina contemporánea hace que nuestros estudiantes corran el riesgo de estar mal equipados para abordar las cuestiones apremiantes de la política criminal» (MEARES, T. L., KATYAL, N., y KAHAN, D. M., «Updating the Study of Punishment», en *Stanford Law Review*, vol. 56, 2004, pp. 1171-1172).

²¹⁰ CANCIO MELIÁ, M., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Introducción», en Robinson, P. H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

²¹¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo...», *ob. cit.*, p. 422? Igualmente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 325.

como fundamento del castigo penal y análisis de efectos para ver si las penas alcanzan o no los objetivos que las justifican, me parece que se debe ante todo al modo como la dogmática se cierra sobre sí misma, sobre sus conceptos internos y el puzle que componen, y a la desatención hacia los resultados de las ciencias empíricas que podrían proporcionarle los datos decisivos para la evaluación real de las políticas penales. Una vez que el dogmático penalista convencional o al uso ha proclamado que la razón de ser de la pena no está en la venganza ni en forma alguna de retribución, sino en alguna manera de prevención o en una combinación de varias, deja de prestar atención a qué penas y en qué delitos surten o no un efecto preventivo mayor o menor, o a las razones empíricas de por qué unas veces las penas disuaden y otras no²¹²

Puesto así de manifiesto, asumir un Derecho penal en clave consecuencialista²¹³, esto es, asumir su carácter

²¹² GARCÍA AMADO, J. A., «Derecho penal y análisis económico del Derecho. ¿Vale la pena lo que cuesta?», en USCANGA BARRADAS, A., y REYES DÍAZ, C. H. (COORDS.), *Estudios contemporáneos de teoría y dogmática jurídica en Iberoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020, p. 20. Una crítica similar encontramos en GARRIDO, V., STANGELAND, P., y RENDONDO, S., *Principios de Criminología*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 188: «Es sorprendente que la doctrina del derecho penal nunca haya intentado verificar sus postulados básicos, pero la verdad es que los pocos estudios que existen, los han realizado psicólogos, sociólogos y criminólogos, mientras que los penalistas, los jueces y los fiscales han circunscrito su actividad a crear, interpretar y aplicar las leyes, sin tomar en consideración qué efectos producen». A esta crítica contesta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, cuando expresa que «en efecto, la crítica desconoce que la Ciencia del Derecho, a pesar de su indiscutible aproximación a la realidad social, a los sistemas sociales y al mundo empírico durante los últimos lustros, no es ni puede ser una ciencia empírica, sino normativa. No corresponde, pues, a la misma la verificación empírica de la capacidad disuasoria real de la pena y sus variables, sino a otras disciplinas. Debiera -eso sí- interesarse por los resultados que estas obtienen y reflexionar sobre los mismos, extrayendo las consecuencias» (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 327).

²¹³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo...», *ob. cit.*, p. 473: «resulta sin embargo evidente que la justificación del Derecho penal con base en sus posibilidades preventivas es una justificación basada en las consecuencias (en concreto, en el hecho de que su intervención servirá para

instrumental pasa también por asumir la racionalidad instrumental de la pena. Hacerse cargo de lo primero y desatender lo segundo no resulta un planteamiento, valga la redundancia, consecuente. En este sentido, explica HÖRNLE que «al igual que ocurre con cualquier concepto orientado a las consecuencias, hay que aclarar si dicho concepto se basa en suposiciones acertadas sobre el comportamiento humano y si se producen efectivamente los efectos esperados»²¹⁴.

Pero además del interés que esto último pueda suponer para la discusión dogmática sobre la función de la pena, a nuestro juicio la necesidad de atender efectivamente a la racionalidad instrumental de la pena tiene un valor añadido que va más allá de la cuestión sobre quién está mejor situado epistémicamente para establecer el fin preventivo de la pena en atención a las evidencias empíricas, o sin atender a las mismas²¹⁵, la cual ya es una cuestión de relevancia. A saber, la mejor disposición que la dogmática puede tener desde estas bases para la crítica a la legislación penal. Al respecto, una omisión deliberada de los efectos de la pena porque no se consideren relevantes para establecer su fin, ya que se argumenta que éste corresponde a una cuestión del *deber ser*²¹⁶, puede suponer dar un «cheque en blanco para la política criminal efectivamente llevada a cabo, que resultaría siempre justificada mediante la apelación a unos efectos cuya existencia,

reducir la criminalidad futura) y, de tal modo, inevitablemente y en la medida en que sea preventivista, al mismo tiempo consecuencialista».

²¹⁴ HÖRNLE, T., *Teorías de la pena...*, *ob. cit.*

²¹⁵ APT, B. L., «Do we know how to punish?», en *New Criminal Law Review*, vol. 19, núm. 3, 2016.

²¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*, que ante la crítica que HASSEMER arguye contra la teoría de la prevención general intimidatoria relacionada con respecto a la ilusión que supone entender al hombre como un *homo economicus*, el autor indica que «sin embargo, en todo caso, dejando aparte el nivel del *ser*, en el que cabe desde luego imaginar que las normas penales ejerzan primordialmente funciones distintas a la intimidatoria (aunque tampoco dudo de la existencia de ésta, en una medida por determinar), entiendo que en el nivel del *deber ser* las cosas no pueden ser muy distintas de lo que sostiene esta concepción de la prevención general negativa».

exigida por la teoría, en la realidad se presuponen, sin comprobarse»²¹⁷. En este sentido, coincidimos con DONINI cuando explica que el principal reto que tiene la ciencia penal es el de cumplir con las promesas (consecuencialistas) del Derecho penal moderno, y ello implica necesariamente atender a las consecuencias reales de la intervención punitiva. Por este motivo, señala el autor que el penalista no solamente puede bastarse con instrumentos normativos, sino que debe observar también los empíricos. En su opinión, si el Derecho penal carece de saberes empíricos no podrá evitar ser un Derecho penal idealista y autopoietico²¹⁸.

Por ello, y tomando en consideración todo lo anterior, en lo que sigue se tratará de poner de relieve qué es lo exigible desde la racionalidad instrumental, y también de dónde obtener el conocimiento para darle contenido a la misma en la medida

²¹⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo...», *ob. cit.*, p. 425. En este sentido, destaca este déficit metodológico de la dogmática penal a la hora de abordar la legislación penal MIRÓ LLINARES: «la valoración de la legislación penal por la doctrina penal se ha limitado en muchos casos a un análisis dogmático-principialista, en el que se valora la decisión legislativa conforme a criterios axiológicos de comparación de la necesidad de la respuesta penal con los principios del Estado democrático de Derecho, tales como el principio de proporcionalidad, el principio de intervención mínima o el carácter de “ultima ratio” del Derecho penal, etc., pero en el que o bien se desatiende el análisis de las consecuencias de la legislación o bien se dan por sentadas las mismas sin aportar apoyos empíricos o análisis de impacto potencial que puedan reforzar la argumentación. Y si bien es indiscutible que cualquier evaluación político criminal requiere una formación dogmática principialista que sea capaz de definir el deber ser de nuestro sistema, y de realizar las aportaciones necesarias en términos de *lege ferenda* para alcanzar dicho ideal, también es claro que si pretende evaluar una legislación real no va a bastar con la definición de juicios sintéticos a priori, sino que va a ser necesario medir efectos, identificar consecuencias, comparar resultados de estudios y experiencias previas» (MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la evaluación legislativa penal y a sus exigencias metodológicas», en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S. B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., GUINARTE CABADA, G. (COORDS.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021).

²¹⁸ DONINI, M., *El Derecho Penal frente a los desafíos de la Modernidad. Estudios de Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 115-16.

en que estas cuestiones son relevantes por lo anteriormente expuesto. Sin embargo, antes de entrar en la cuestión conviene realizar una aclaración previa. El hilo conductor que atraviesa todo este capítulo es la necesidad de informar empíricamente tanto al debate de la justificación de la pena, para que las evidencias constituyan elementos de base para la argumentación en este ámbito, como también en lo que respecta a la necesidad de que la doctrina adquiera ese tipo de conocimiento empírico sobre el castigo para su importante labor de crítica hacia el legislador²¹⁹. A tal efecto, este tipo de elementos difícilmente se pueden sistematizar o poner de manifiesto desde el propio debate sobre el castigo pues, como se ha explicado en el capítulo anterior, éste ha transcurrido normalmente en términos conceptuales, en la esfera del *deber ser* y apenas sin fricción fáctica; donde, reiteramos por su carácter crítico, o bien se ha ignorado el conocimiento sobre cómo opera en realidad la pena y sus elementos, o bien se ha considerado que éste no es relevante para establecer la justificación de la pena que «debe ser». Superar esta laguna, o al menos intentarlo, nos obliga a indagar aquellas explicaciones y conceptos que nos interesan en otros ámbitos de estudio como el de la teoría de la legislación o en la propia política criminal basada en la

²¹⁹ Así, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución...», *ob. cit.*, p. 88, explica con acierto que una adopción consecuencialista de la pena aporta herramientas mejores para, entre otras cuestiones, «orientar de la mejor manera posible una política pública como la política criminal». Con respecto a ello, el autor explica que «es cierto que con esto todavía no quedarían solucionadas las innumerables críticas que, por la ausencia de conocimientos empíricos suficientes, se han realizado a las teorías consecuencialistas. Si se quiere, no es (o no es solo) que las mismas lleven a un ordenamiento que no deseamos, sino que no sabríamos cómo llegar al que sí deseamos porque no conocemos realmente nada del funcionamiento de la pena. Frente a esto, y aun reconociendo que queda mucho camino por recorrer, creo que cabe hacer valer un doble argumento: lo naciente del estudio empírico de la pena (y del Derecho) no impide que comience a haber una base relativamente sólida sobre la que poder construir desde ya, y, por otra parte, dicho sustrato incipiente es algo que ya mejora el punto de partida del abordaje retribucionista de la pena, que no tiene una mínima realidad (por compleja que sea) que observar ni unos instrumentos determinados para proceder a ello» (p. 91).

evidencia, más familiarizadas y cómodas con las epistemologías de corte empírico.

2. ¿A QUÉ NOS COMPROMETE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL?

Aunque la esencia instrumental del Derecho penal y la pena viene siendo aceptada²²⁰ desde hace tiempo²²¹, el desarrollo más concreto²²² sobre a qué nos compromete la misma se debe principalmente al ámbito de estudio de lo que se ha llamado «teoría de la legislación»²²³, algo que a nadie extrañaría puesto que este ámbito menos desarrollado en dogmática penal²²⁴ trata

²²⁰ O, quizás, dada por sentada, aunque no realmente asumida si entendemos que asumirla implica imbricar efectivamente los efectos de la sanción penal medidos empíricamente en el debate sobre la pena.

²²¹ ALCÁCER GUIRAO, R., «Factividad y normatividad...», *ob. cit.*, p. 177.

²²² En este sentido, se plantea DÍEZ RIPOLLÉS si tiene sentido elaborar una nueva estructura conceptual en la medida en que en Derecho penal ya dispondríamos de teorías «como la del bien jurídico, la jurídica del delito y la de los fines de la pena, cuya solidez, en especial la de las dos últimas décadas, parece ofrecer expectativas de poder atender directamente a los problemas que nos preocupan. En resumidas cuentas, tales construcciones teóricas ya habrían llevado a término la tarea de plasmar el conjunto de racionalidades en el derecho penal» (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 100). A esta pregunta responde, sin embargo, de forma afirmativa por dos razones principales: la primera tiene que ver con «la necesidad de liberar a la reflexión jurídico penal de las ataduras impuestas por las consecuencias del positivismo jurídico, y que le han impedido desarrollar todas sus potencialidades racionalizadoras [...] Eso explica que la legitimación del derecho penal se construya por la doctrina penal desde la *teoría de los fines de la pena*»; la segunda tiene que ver «con la siempre aplazada extensión de la racionalidad jurídico penal a los contenidos susceptibles de ser aportados por el conjunto de las ciencias sociales» (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 101).

²²³ NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., y BECERRA MUÑOZ, J. (DIRS.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

²²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997, sobre la necesidad de

de establecer los criterios racionales sobre los cuales poder determinar cuándo una legislación, en este caso penal, puede ser considerada racional²²⁵. Dicho de otro modo, se trata de un campo de estudio que ha elaborado toda una serie de criterios o de niveles de racionalidad a partir de los cuales se puede examinar sistemáticamente una determinada legislación y analizar si la misma está justificada racionalmente. Proporciona, por tanto, un instrumento realmente valioso para dos fines: el primero y fundamental, para poder guiar al legislador en la toma de decisiones antes de que éstas se adopten y, en segundo lugar, cuando éstas ya se han adoptado, supone un instrumento importante de crítica legislativa, convirtiéndose en un punto de referencia comparativo con la legislación penal finalmente adoptada. Resulta más natural encuadrar la idea de la racionalidad instrumental y su evaluación en un ámbito como el de la evaluación de las políticas públicas o de la política criminal, pues ésta se antoja como mucho más cercana a la realidad que el debate tradicionalmente ético y filosófico de la teoría de la pena; y de ahí que consideremos que actualmente la evaluación de esa racionalidad instrumental también debe imprimirse en el debate sobre la función y justificación de la pena.

En este sentido, en el presente apartado no se desarrollarán los distintos modelos de racionalidad legislativa o de la racionalidad de las leyes penales, puesto que excede con creces el propósito de esta investigación²²⁶, pero sí parece oportuno

una teoría de la legislación. Asimismo, BECERRA MUÑOZ, J., «La toma de decisiones legislativas penales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.99, 2013, p. 129, cuando reconoce que el tema de la elaboración de la política criminal ha sido uno al que la doctrina penal no ha prestado mucha atención, supone el autor porque «la vertiente dogmática acapara todo el protagonismo en la formación del penalista».

²²⁵ NAVARRO FRÍAS, I., «Técnica legislativa y Derecho penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010.

²²⁶ Véase BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal: bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013; NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., y BECERRA MUÑOZ, J. (DIRS.),

traer a colación dos modelos maximalistas de racionalidad de las decisiones legislativas penales en los que se tienen en cuenta las consecuencias empíricas y que son propuestos por dos penalistas de nuestra doctrina. Ello nos permitirá analizar primero en qué situación o nivel se sitúa a la racionalidad instrumental y, segundo, qué demanda esa racionalidad instrumental de la pena.

2.1. LA JUSTIFICACIÓN INSTRUMENTAL

Uno de los modelos propuestos de racionalidad legislativa ha sido el elaborado por PAREDES CASTAÑÓN en su obra *La justificación de las leyes penales*. Este autor que desarrolla un modelo maximalista²²⁷ de la racionalidad de las leyes penales elabora una serie de criterios desde la Teoría del Derecho que permitirían argumentar y justificar la racionalidad de una determinada ley penal. Para PAREDES CASTAÑÓN justificar significa «aportar razones suficientes -las más posibles- en favor de la conclusión de que, de entre todas las alternativas de decisión que estaban disponibles para el legislador (en un momento y lugar dados), la adoptada (dictar, en ese momento y en ese lugar, esa norma jurídica, con ese contenido prescriptivo)

Hacia una evaluación racional..., *ob. cit.*, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad...*, *ob. cit.*; CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, entre otros.

²²⁷ Como explica CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa...*, *ob. cit.*, pp. 302-203 cabe diferenciar entre modelos de racionalidad que parten de posturas maximalistas o bien de posturas minimalistas. La diferencia entre ambos tipos de postura estriba en que mientras que en los enfoques minimalistas no se tienen en cuenta valores o fines a los que la norma debe aspirar a conseguir, puesto que «este enfoque parte de una postura de escepticismo o relativismo moral, que duda de que pueda desarrollarse una teoría completa de la legislación. Se parte de una posición escéptica en materia de razón práctica, ya que los juicios de valor no son cognoscibles a través de la ciencia ni, por tanto, son susceptibles de validación o falsación», las posturas que parten de un enfoque maximalista en cambio entienden que «existe una conexión entre razón práctica y legislación. Así, en la elaboración legislativa también deben considerarse los fines y valores en los que se basa la norma jurídica. Dicha postura parte de la confianza en que pueden ser justificados los juicios de valor y cree en la posibilidad de control racional de la actividad política».

fue la más racional»²²⁸. En atención a lo anterior, el autor nos indica que hay cuatro sentidos diferentes en los que la justificación de las leyes penales puede (y añade el autor «debe») abordarse:

- La justificación moral o de justicia, que supone la «justificación última (moral) de la racionalidad del contenido directivo de la ley»²²⁹.
- La justificación jurídica o de validez que implica la «justificación de la compatibilidad del contenido directivo de la ley con el sistema jurídico al que pretende incorporarse»²³⁰.
- La justificación política o de legitimidad, de conformidad con la cual se busca la justificación de la «adecuación del contenido directivo de la ley a la estructura social en la que ha de ser aplicada y a las bases del sistema político del que surge»²³¹.
- La justificación instrumental o de eficiencia y eficacia arreglo con la cual se busca la justificación «de los efectos del contenido directivo de la acción legislativa, en términos de costes y de resultados»²³².

A estos efectos, resulta importante resaltar la relevancia que le otorga el autor a la justificación moral o ética de las normas. Para PAREDES CASTAÑÓN las anteriores formas de justificación son en sí mismas preguntas independientes y, en consecuencia, también admiten respuestas independientes e incluso pueden ser contradictorias: «así, podremos decir que el contenido directivo de una acción legislativa está justificado en un sentido

²²⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal», en *Revista Penal México*, núm. 7, 2015, p. 3.

²²⁹ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación...*, *ob. cit.*, p. 31.

²³⁰ *Ibidem.*

²³¹ *Ibidem.*

²³² *Ibidem.*

(el moral, por ejemplo), mas no en otro (el puramente instrumental). Y la acción legislativa estará tanto más justificada cuantas más facetas de justificación queden cubiertas por la argumentación»²³³. Sin embargo, a este respecto añade que «no parece posible afirmar -en sentido estricto- que una acción legislativa está justificada si (cuanto menos) no puede decirse que su contenido directivo resulta moralmente justificado»²³⁴. En este sentido, «parece claro que, a la hora de legislar, las cuestiones de merecimiento de incriminación y de pena (justificación moral) habrán de tener siempre, *prima facie*, precedencia sobre la necesidad de incriminación y de pena (razón instrumental)»²³⁵. Llevándolo al ejemplo, el legislador podría decidir limitar el alcance de una prohibición sobre la que se pueden tener argumentos morales razonables si la razón instrumental mostrase que no es necesaria esa incriminación o sanción, pero por el contrario lo que no estaría justificado es aumentar la severidad de la pena más allá de la pena merecida con el objetivo de aumentar la eficacia preventiva de la prohibición.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que no existe ningún conflicto «entre la moralidad y el contenido directivo de la norma jurídico-penal» no puede darse por satisfecha la justificación atendiendo solamente a la justificación moral, la cual es condición necesaria pero no suficiente. Así, para PAREDES CASTAÑÓN «la plena racionalidad de la decisión de crear una norma prohibitiva y sancionadora sólo existe si, además de moralmente justificada [...] la norma resulta además máximamente racional desde el punto de vista de la racionalidad instrumental»²³⁶. Efectivamente, el autor parte de que, aunque aquel que mantenga un punto de vista estrictamente ético-normativo podría sostener «una teoría ética puramente deontologista, a tenor de la cual las consecuencias de

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ *Ibid.*, p. 32.

²³⁵ *Ibid.*, p. 340.

²³⁶ *Ibidem*.

las acciones resulten completamente irrelevantes»²³⁷, a su juicio, no cree que sea razonable una teoría en este sentido:

En efecto, una evaluación exclusivamente moral de la racionalidad de una acción legislativa parece poco prometedora, por dejar de lado cuestiones que, no obstante, son vistas -al menos, en nuestra cultura- como de importancia esencial para las funciones que el Derecho debe cumplir en la vida social²³⁸.

Ciñéndonos a la justificación instrumental de las leyes penales, ésta se dará si se cumplen cinco condiciones en la norma penal²³⁹ que serían reconducibles a dos: «realizabilidad y coherencia en los fines perseguidos (de protección del bien jurídico) e idoneidad técnica de los medios (prohibición de acciones, criterios de imputación de infracciones, contenido y criterios de imputación de la sanción) elegidos para lograr aquellos»²⁴⁰. Dejando a un lado la racionalidad instrumental referida a la coherencia en los fines de protección del bien jurídico²⁴¹, por cuanto las cuestiones de racionalidad

²³⁷ *Ibid.*, p. 32

²³⁸ *Ibidem.*

²³⁹ Estas serían: 1. «realizabilidad de los fines perseguidos a través de la acción»; 2. «compatibilidad de dichos fines, en el caso de que sean varios y distintos»; 3. «Conocimiento suficiente de los medios causalmente idóneos para la obtención de dichos fines»; 4. «Selección, de entre todos los medios disponibles (causalmente idóneos), de aquellos que *técnicamente* más adecuados, para ser aplicados a la obtención de los fines perseguidos»; y, 5. «finalmente, en el caso de que los distintos fines perseguidos no posean todos el mismo valor (habiendo, pues, algunos que son los 'fines últimos'), supeditación (a la hora de fijar las intenciones, así como ala de seleccionar los medios a emplear) de la obtención de los fines más inmediatos al objetivo - que ha de permanecer siempre predominante - de lograr los fines últimamente perseguidos» (*Ibid.*, 341).

²⁴⁰ *Ibidem.*

²⁴¹ Respecto de esta condición expone PAREDES CASTAÑÓN que la racionalidad instrumental exige, por un lado, la factibilidad de los objetivos de protección del bien jurídico, terreno en el cual, por ejemplo, se rechazaría el Derecho penal simbólico; la factibilidad de los objetivos preventivos, entendiendo que la capacidad preventiva que se le asigne a la sanción (en su conminación, imposición y ejecución) debe efectivamente desempeñarlos. El

instrumental tienen en más ocasiones que ver con los medios y no con los fines, la racionalidad instrumental de los medios de actuación tiene que ver con la eficacia y la eficiencia de estos.

A tal respecto, para que una norma penal, una intervención del Derecho penal por parte del legislador, esté relacionada con la criminalización de conductas o con el aumento de la severidad de las ya tipificadas, esté justificada máximamente debe existir, además de una justificación moral, una justificación instrumental de la que se pueda decir que «la solución adoptada por el legislador era la más racional desde el punto de vista instrumental», es decir, que se trate de la «solución óptima desde el punto de vista técnico, de entre todas las posibles, a los problemas de qué conductas prohibir, en qué casos imputar una infracción a dicha conducta y cómo sancionar tal infracción»²⁴². Este nivel de racionalidad de los medios nos obliga, asimismo, a examinar la eficacia de la regulación. Se trataría de preguntarnos con respecto a la prohibición «¿cuántos supuestos de acciones subsumibles en la prohibición jurídica tienen lugar en la realidad?», y respecto de la sanción, «¿cuántos casos de conminación y/o aplicación de la sanción dan lugar al efecto (preventivo) perseguido?»²⁴³. Responder a estas preguntas exige necesariamente un análisis empírico, y si bien es posible una situación en la que se pudiera mantener una determinada norma cuya única justificación es la de índole moral, pero carecer de justificación instrumental, el autor indica que en estos casos la cuestión «debería plantearse en estos términos, y no quedar

autor reconoce aquí que «no hace falta que resalte el efecto corrosivo que una aplicación ajustada de estos criterios de racionalidad instrumental de las sanciones producirá sobre las praxis más usuales de nuestro sistema penal: de hecho, uno tiene la impresión de que -aun sin recurrir todavía a argumentos morales - sería posible poner en cuestión la justificación y la racionalidad de una buena parte del sistema de consecuencias jurídicas del delito de nuestro Derecho positiva». Sin embargo, para el autor «la carga de la argumentación ha de recaer siempre en quien defiende la racionalidad de una determinada sanción». Por otro lado, también sería necesaria la coherencia de los objetivos de protección (*Ibid.*, pp. 344-345).

²⁴² *Ibid.*, pp. 351-352.

²⁴³ *Ibid.*, p. 352.

oculto»²⁴⁴. Con esto último lo que garantizaríamos es la comprobación de la «relevancia práctica de la norma prohibitiva y sancionadora». A lo anterior, además, hay que añadir el análisis de la eficiencia. Una vez determinado el objetivo de proteger un determinado bien jurídico, ¿qué conductas es necesario prohibir? Una respuesta podría ser: todas. Sin embargo, como sostiene el autor, la cuestión no es tan sencilla ya que prohibir siempre implica costes más allá (y no menores) de los que suponen los costes moralmente relevantes (i.e. afectación a la libertad de los ciudadanos). Estos costes, a juicio de PAREDES CASTAÑÓN, son por lo menos dos:

a) costes, en términos de recursos, de la actividad de hacer valer la prohibición; y b) costes de oportunidad, dado que la abstención de ciertas conductas impedirá siempre aprovechar ciertas oportunidades de actuación existentes (y que producirían ciertos beneficios, individuales y/o colectivos)²⁴⁵.

En atención a estos últimos es necesario acudir al cuerpo de conocimientos empíricos en la materia, ante todo, dice el autor, «porque a través de este método de análisis es posible buscar confirmación (o falsación) empírica a las hipótesis acerca de las consecuencias (en costes y en beneficios) de una regulación dada»²⁴⁶. Algo que, como sigue el autor, es perfectamente posible hoy y sin embargo es ignorado por quienes se encargan de legislar, y a nuestro juicio también por una parte importante de la doctrina en la literatura sobre la justificación de la pena, tal y como hemos venido señalando en apartados anteriores.

2.2. LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL

Otro modelo de racionalidad legislativa es el elaborado por DÍEZ RIPOLLÉS en varias de sus publicaciones previas²⁴⁷, pero que

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 353.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 354.

²⁴⁷ E.g., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 85, 1998; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Un modelo

consolida especialmente en su obra *La racionalidad de las leyes penales*. Este autor, partiendo del modelo de ATIENZA²⁴⁸ establece cinco niveles de racionalidad: a) racionalidad ética, racionalidad teleológica, racionalidad pragmática, racionalidad jurídico-formal y racionalidad lingüística. Veamos en detalle cada una de ellas.

Por lo que se refiere a la racionalidad ética, que se encuentra en la cúspide de los cinco niveles de racionalidad, una ley será irracional si no es conforme a esos principios éticos previamente determinados. Así, dentro de este nivel de racionalidad el autor establece tres principios que se deben tener en cuenta y guían las «tres decisiones político criminales básicas que fundamentan el derecho penal»²⁴⁹: a) *principios de la protección* que guiarán el establecimiento de los contenidos de esa tutela penal. Estos principios son el de lesividad, esencialidad o fragmentariedad, interés público y correspondencia con la realidad; b) *principios de la responsabilidad*, en los que regirán los principios de certeza o seguridad jurídica; el de la responsabilidad por el hecho; el de imputación, el de reprochabilidad o culpabilidad, y el de jurisdiccionalidad; c) *Principios de la sanción*, entre los cuales se deberá respetar el principio de humanidad de las penas, el principio teleológico o de los fines de la pena, el principio de proporcionalidad de las penas y el principio del monopolio

dinámico de legislación penal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROBEMO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (EDS.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor don José Cerexo Mir*, Tecnos, 2002; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Presupuestos de un modelo racional de la legislación penal», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001.

²⁴⁸ ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, 1997. Si bien, DÍEZ RIPOLLÉS propone hacer el análisis de las racionalidades de modo inverso al de ATIENZA, entendiendo que «si lo que queremos establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes, y no simplemente uno instrumental de análisis racional de leyes ya existentes, la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad» (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad...*, ob. cit., p. 91).

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 136.

punitivo estatal. Pero a la racionalidad ética también le corresponde lo que el autor denomina el criterio democrático, esto es, «el criterio que, una vez aseguradas con los principios estructurales las referencias éticas, va a permitir legitimar decisiones concretas controvertidas en las subsiguientes racionalidades o en la interrelación entre ellas»²⁵⁰.

Al nivel de la racionalidad teleológica corresponde el debate sobre cuáles son los fines u objetivos que debe perseguir una norma penal. Una vez descubiertos los principios considerados mayoritariamente asumidos, en este nivel de racionalidad se trata «de sentar las bases para un discurso ético-político en el que, presupuestos los principios anteriores, se produzca una confrontación racional entre contenidos éticos de segundo orden, es decir, carentes de una aceptación libre de cualquier desacuerdo en la colectividad, e intereses particulares y grupos de presión de amplio espectro»²⁵¹. Esa confrontación exigirá la búsqueda de compromisos y la utilización del criterio democrático. Fruto de este segundo nivel se podrá obtener el acuerdo ético-político alcanzado «sobre la importancia de lo protegido, la intensidad de la obediencia exigida, las repercusiones negativas derivadas de tal desobediencia y su interrelación»²⁵².

En tercer lugar, en el seno de la racionalidad pragmática se buscará compaginar o ajustar los objetivos determinados en

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 93.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 94.

²⁵² *Ibid.*, pp. 94-95. Crítico con el protagonismo que DÍEZ RIPOLLÉS le da al principio democrático SILVA SÁNCHEZ: «a diferencia de *Díez Ripollés*, me inclino por asignar un mayor peso al principialismo constitucionalista frente al legalismo de las mayorías. Como también me inclinaría por la búsqueda de modelos de racionalidad con capacidad de vigencia universal y no ceñidos a una sociedad dada en el espacio. En fin, y por lo mismo, intentaré hallar modelos de racionalidad vinculados a una concepción trascendente de lo justo y no inmanentes a un concreto sistema histórico de creencias compartidas (o incluso, en defecto de éstas, a las mayoritarias en dicho sistema)» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Díez Ripollés, José Luís: *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid (Trotta), 2003, 205 pp.", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, p. 388).

la racionalidad teleológica y las posibilidades reales de intervención. En este nivel deben darse respuestas positivas a lo siguiente:

[...] que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser *cumplidos*, satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va a estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación* coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa; [...] que el directo *cumplimiento* de la norma es presumible que produzca los efectos de tutela perseguidos. Que la *aplicación* contrafáctica de la norma va a producir indirectamente esos mismos efectos de tutela. Y que la *aplicación* de la norma se va a poder mantener dentro de la delimitación de la responsabilidad de la sanción²⁵³.

Mientras que las dos primeras cuestiones se refieren a la efectividad de la norma, las otras se refieren a su eficacia. Finalmente, por lo que se refiere a la racionalidad jurídico-formal, ésta exige la coherencia del sistema penal y, por último, la racionalidad lingüística exige que las leyes se formulen claramente para sus destinatarios. Por tanto, se podrá decir que una ley penal incurre en la irracionalidad ética cuando no atiende a los criterios o principios éticos que son incuestionados o cuando se renuncie al criterio democrático; será irracional desde el punto de vista teleológico cuando los objetivos de la ley no han sido acordados siguiendo el criterio democrático; será irracional desde la racionalidad pragmática cuando bien las leyes no sean susceptibles de ser cumplidas o bien cuando no logran los objetivos pretendidos; será irracional desde la perspectiva jurídico-formal cuando no sean consistentes o sean incoherentes con el sistema penal; y, finalmente, se incurrirá en una irracionalidad lingüística cuando la propia formulación dificulta o impide la comunicación de los contenidos a sus destinatarios²⁵⁴.

²⁵³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 95.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 106.

2.3. EFECTIVIDAD, EFICACIA Y EFICIENCIA

De lo anterior cabe concluir que las propuestas o modelos de racionalidad parten de la preeminencia de la racionalidad ética o de la justificación moral de las leyes penales. Hoy sería difícil sostener que puede sacrificarse la racionalidad ética o moral en favor únicamente de una justificación instrumental, aunque en atención a esta última pudiera sostenerse una capacidad preventiva elevada²⁵⁵. Sin embargo, no será este caso extremo con el que seguramente nos encontraremos en la realidad y, si acaso, el legislador encontraría límites insoslayables que le pondrían realmente difícil tomar una decisión penal vacía de justificación moral²⁵⁶. Así, pues, dando por sentada que la justificación moral de una determinada norma se da en algún grado, resulta un tanto incongruente que esa misma norma penal no se mida y se compruebe si se está consiguiendo lo que se pretendía. Y esto es lo que precisamente se critica al legislador constantemente²⁵⁷: que se base en premisas como la prevención intimidatoria y, sin embargo, no atienda a la realidad; que promulgue una norma o que incremente la severidad de una sanción bajo argumentos preventivos y que luego la deje en el vacío sin atender a si cumple o no con esos objetivos.

Pero de nuevo esta crítica también se le puede hacer en el mismo sentido a la doctrina penal. Evidentemente, la doctrina no tiene ni en ningún momento se le presupone la misma responsabilidad que la que tiene un legislador, pero la primera estará en una posición débil para argüir la justificación de la pena que es posible si considera que los efectos que la pena tenga en la realidad son irrelevantes para ella. Y si la doctrina está en una mala posición en esos términos, difícilmente podrá

²⁵⁵ En este sentido ALCÁCER GUIRAO, R., «Facticidad y normatividad...», *ob. cit.*, p. 184: «Como acertadamente suele afirmarse, frente a la exclusividad de la racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*), la pena y el Derecho penal deben legitimarse también en relación con su conformidad con determinados valores».

²⁵⁶ GARCÍA AMADO, J. A., «Derecho penal...», *ob. cit.*

²⁵⁷ Sobre la ausencia de la evaluación en este sentido RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación de las leyes penales*, Dykinson, Madrid, 2016.

criticar al legislador argumentando que los incrementos de severidad en los que normalmente suele incurrir no producirán los efectos preventivos que se espera y que, por tanto, esa toma de decisión es irracional desde el punto de vista instrumental, dificultándose así la tarea de indicar cuándo una norma penal que se pretende encuadrar en el marco teórico de la prevención general, por ejemplo, es irracional desde el punto de vista instrumental. Tampoco le podrá indicar al legislador el camino que debe seguir en cuanto a qué penas debe establecer para conseguir la máxima capacidad preventiva posible de la forma más eficaz posible, ni podrá justificar la cantidad de pena concreta que se debe imponer para conseguir el mayor rédito preventivo dentro de los límites normativos establecidos, ni podrá aportar su conocimiento con respecto a cómo debe configurarse el mensaje comunicativo en que consiste la norma penal para que éste se oriente a la consecución de objetivos. No podrá, en definitiva, obligar al legislador a desenmascarar las auténticas razones que pueden encontrarse detrás de argumentos preventivos. Como acertadamente ha señalado MIRÓ LLINARES

[...] resulta esencial, tanto para la elaboración dogmática del Derecho penal como para la discusión sobre la política legislativa en materia penal la toma en consideración, desde luego no única, pero sí esencial, de las bases empíricas de la realidad subyacente al Derecho y a la acción política penal²⁵⁸.

Asentado lo anterior, y contestando a la pregunta sobre a qué nos compromete la racionalidad instrumental, la misma nos fuerza a mirar a la efectividad, eficacia y eficiencia de la norma penal, la vigente o la que se pretenda adoptar²⁵⁹. En palabras de RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ,

²⁵⁸ MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas...», *ob. cit.*, p. 462.

²⁵⁹ OSSADÓN WIDOW, M. M., *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Tesis doctoral, 2002, p. 361: «Esta íntima ligazón ha llevado a que, ambos términos -eficacia y efectividad- sean utilizados de modo indistinto. Más aún, no resulta extraño que la acepción de *eficacia* sea empleada en un sentido amplio, abarcando los

desde el punto de vista de la racionalidad, actuar bajo los postulados de ésta orientará para poder examinar si la decisión legislativa evaluada es efectiva (de tal forma que el comportamiento de los destinatarios se adecúa a lo prescrito en la ley -*racionalidad pragmática*-) y eficaz (que los efectos por ella producidos se correspondan con los fines sociales que se perseguían con su creación -*racionalidad teleológica*-)²⁶⁰.

A lo anterior, habría que agregar el elemento de la eficiencia, es decir, que la norma cumpla con lo anterior, pero a un coste razonable, que no solamente debe ser medido en términos económicos o de recursos, de coste-beneficio, sino que en ese juicio también cabe valorar los costes en términos de restricción de libertad. Asimismo, cabe añadir que, como señala OSSADÓN WIDOW, la eficacia y la efectividad están íntimamente relacionadas, aunque conceptualmente se las pueda diferenciar:

[...] la eficacia de una norma es condición necesaria, aunque no suficiente, de su efectividad. Porque los objetivos de una norma se consiguen, fundamentalmente, cuando ella induce a sus destinatarios a seguir el comportamiento exigido, y las consecuencias de ese comportamiento irrumpen en la realidad social con el logro efectivo de aquello que pretendía. Así, para que una norma sea efectiva tiene que ser eficaz, de forma que alcance su objetivo como resultado o (causal) de su eficacia²⁶¹.

dos fenómenos a que se ha hecho referencia. Así, por ejemplo, cuando se alude a la *eficacia preventiva* del Derecho penal, expresión que no parece incorrecta y que se encuentra ampliamente difundida entre los autores. Pero en sentido estricto, eficacia y efectividad son términos que aluden a fenómenos diversos. Incluso es posible encontrar normas eficaces que, sin embargo, no son efectivas, porque están mal diseñadas o no se han considerado convenientemente las consecuencias que pueden producir en la realidad».

²⁶⁰ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Efectividad, eficacia y eficiencia de la ley penal», en *Política Criminal*, núm. 7, 2016, p. 140. Véase también RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación...*, *ob. cit.*

²⁶¹ OSSADÓN WIDOW, M. M., *La formulación...*, *ob. cit.* 361

Pese a lo anterior, la doctrina ha tendido a no observar términos o a menospreciar enfoques que vendría a resaltar esto último, como el del análisis económico del Derecho, precisamente porque se entiende que este enfoque nos llevaría a un Derecho penal de la eficiencia que busca esta última a costa de sacrificar aspectos normativos totalmente irrenunciables. Esto es, el enfoque económico estaría más preocupado de conseguir el objetivo de reducir el crimen que de respetar límites como la proporcionalidad. Sin embargo, esto supone, como entiende ORTIZ DE URBINA GIMENO, un mal entendimiento del enfoque del análisis económico. Así, la eficiencia habría de entenderse en un sentido racional-instrumental. Al respecto, señala con acierto el autor que:

No sólo el AED no conduce de forma irremediable a políticas criminales de signo draconiano, sino que también hay motivos para replantearse la denominación que se le ha dado al fenómeno detrás de la expresión “derecho penal orientado a la eficiencia: ¿a qué eficiencia? No desde luego a la eficiencia en alguno de sus sentidos económicos, y a no siendo así nos queda la eficiencia como parte de la razón práctica, la eficiencia en sentido racional-instrumental. En este sentido, sin embargo, la eficiencia es un predicado instrumental y no tiene sentido decir que un derecho se orienta a ella: el derecho se orientará a la consecución de ciertos valores/objetivos y pretenderá su eficiente consecución²⁶².

A modo de corolario, hablar de Derecho penal orientado a las consecuencias, asumir la razón instrumental de la pena, es entender también que «el análisis empírico va, entonces, indisolublemente unido a toda racionalidad utilitarista»²⁶³. Por ello es necesario obtener esta información de las ciencias sociales empíricas que están en disposición para contestar a las preguntas que se pueden plantear desde el Derecho penal en el ámbito que nos ocupa. Así, por ejemplo, podemos informarnos

²⁶² ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis Económico...», *ob. cit.*, p. 66.

²⁶³ ALCÁCER GUIRAO, R., «Factividad y normatividad...», *ob. cit.*, p. 179

sobre qué efectos tiene la pena en el momento de la conminación, en el momento de la imposición y en el momento de la ejecución, en términos generales, pero también específicamente por ámbitos normativos o por tipos de conductas y también por tipos de sanciones. Podemos comprobar si esos efectos son los que en la formulación de las distintas teorías de la pena consecuencialista han venido intuyéndose o creyendo que se producen. Pero, además, se pueden hacer preguntas de carácter mucho más específico y que han estado presentes en todo momento como, al establecer como función del Derecho penal la protección de bienes jurídicos, cuál es la sanción penal estrictamente necesaria para cumplir con esa función, entre muchas otras. Todas ellas son cuestiones que, en definitiva, pueden obtener sus respuestas en el ámbito de las ciencias sociales y adoptar un enfoque intencionadamente basado en la evidencia.

3. EL PAPEL DE LAS METODOLOGÍAS CIENTÍFICO-SOCIALES

3.1. EL ENFOQUE BASADO EN LA EVIDENCIA

Este discurso sobre la necesidad de conocer las evidencias empíricas acerca de la función de la pena, sobre los efectos de las sanciones, en definitiva, de acompañar a la justificación preventiva de la pena de «sólidos conocimientos y buena teoría sobre causas y efectos, tanto en el plano de la psicología individual (si el eje se pone en la prevención especial) como en el plano de la psicología social y la sociología (si la mira se coloca en la prevención general)»²⁶⁴, nos hace pasar por el resonado concepto de política criminal basada en la evidencia o el *Evidence Based Policy (EBP)*²⁶⁵ en su acepción angloamericana. El EBP es

²⁶⁴ GARCÍA AMADO, J. A., «Derecho penal...», *ob. cit.*, p. 19-20

²⁶⁵ PARKHURST, J., *The Politics of Evidence. From evidence-based policy to the good governance of evidence*, Routledge, London and New York, 2017; STRASSHEIM, H., «When does evidence-based policy turn into policy-based

una corriente que vino a impulsar a finales de los 90 la necesidad de basar las decisiones en política penal (de prevención del crimen) en la mejor evidencia empírica disponible²⁶⁶. Dicho de otra forma: este movimiento aboga por la necesidad de tomar decisiones en materia de prevención del crimen basadas en lo que la evidencia empírica (la mejor disponible²⁶⁷) nos indica²⁶⁸ (*what Works*). Este enfoque fue impulsado por un grupo de conocidos profesores de la Universidad de Maryland²⁶⁹, autores del célebre informe *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising*²⁷⁰ que surge como consecuencia de la petición por parte del Congreso de los Estados Unidos al fiscal general para evaluar la efectividad de los programas de prevención del delito sobre los que se estaba invirtiendo una ingente cantidad de dinero²⁷¹, y que posteriormente actualizarían en su obra *Evidence-Based Crime Prevention*²⁷². Más allá de las

evidence? Configurations, contexts and mechanisms», en *Evidence & Policy*, vol. 10, núm. 2, 2014.

²⁶⁶ En realidad, este término enfoque y surge desde el ámbito de la medicina, pero se ha ido extendiendo a otros ámbitos de la política pública, entre los cuales se encuentra también la toma de decisiones en el sistema de justicia penal, tanto las que toman los legisladores como aquellas que toman los propios jueces y otros operadores como la policía (GARRETT, B., L., «Evidence-informed criminal justice», en *George Washington Law Review*, vol. 86, núm. 6, 2018)

²⁶⁷ DAVIES, P. T., "What is Evidence-Based Education?", en *British Journal of Educational Studies*, vol. 47, núm. 2, 1999.

²⁶⁸ Así, se entiende que «la política criminal debe ser racional y basarse en las mejores pruebas de investigación posibles» (WELSH, B. C., y FARRINGTON, D. P., «Evidence-based Crime Policy», *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, 2012, p. 24).

²⁶⁹ MELENDO PARDOS, M., y LACRÚZ LÓPEZ, J. M., «Evidencia empírica y política criminal», en MELENDO PARDOS, M., CALLEJO GALLEGO, M. J., y LACRÚZ LÓPEZ, J. M., *Apuntes de Política Criminal*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 214.

²⁷⁰ SHERMAN, L. W., GOTTFREDSON, D. C., MACKENZIE, D. L., ECK, J., REUTER, P., y BUSHWAY, S. D., "Preventing Crime, What Works, What Doesn't, What's Promising", *National Institute of Justice*, Washington D. C., Julio 1998.

²⁷¹ MELENDO PARDOS, M., y LACRÚZ LÓPEZ, J. M., «Evidencia empírica...», *ob. cit.*, p. 315.

²⁷² SHERMAN, L., W., MACKENZIE, D. L., FARRINGTON, D. P., y Walsh, B. C. (EDS.), *Evidence-based Crime Prevention*, Routledge, Londres, 2002.

recomendaciones concretas que llevaron a cabo, lo realmente interesante es el enfoque y objetivo del mismo informe, que no es sino indicar al Congreso qué es lo que funciona en materia de prevención para que las decisiones puedan ir en esa dirección, y que determinar lo que sí funciona implica analizar toda la evidencia empírica disponible. A tal respecto, afirman los autores del informe que,

[...] el arte de prevenir la delincuencia (como el arte de la medicina) puede ser evaluado y guiado por la ciencia de la medición de los efectos del programa. Las evaluaciones científicas de la prevención del delito tienen tanto limitaciones como puntos fuertes. La principal limitación es que el conocimiento científico es provisional, porque la precisión de las generalizaciones a todos los programas extraídas de una o incluso varias pruebas de programas específicos es siempre incierta. El principal punto fuerte de las evaluaciones científicas es que las reglas de la ciencia proporcionan una forma coherente y razonablemente objetiva de sacar conclusiones sobre la causa y el efecto²⁷³.

Pero ¿qué debe entenderse por evidencia empírica?, ¿cómo se determina ésta? Y, en materia de prevención, ¿cuándo es relevante? En el informe fundacional no se presta especial atención, como es lógico, a la cuestión de qué es evidencia empírica, dando por sentado que ésta es la que se obtiene de la aplicación del método científico²⁷⁴. Sin embargo, sí se le presta

²⁷³ SHERMAN, L. W., GOTTFREDSON, D. C., MACKENZIE, D., ECK, J., REUTER, P., y BUSHWAY, S. D., «Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising», en *Research in Brief*, National Institute of Justice, 1998, p. 2.

²⁷⁴ En este sentido, a pesar de que en realidad existen otro tipo de conceptos de evidencia o de tipos de conocimiento, el conocimiento empírico es el que provendría de un procedimiento sistemático para establecer la fiabilidad y confiabilidad de los conocimientos y también para evaluar y determinar la superioridad de una afirmación sobre otra (BECKER, S., BRYMAN, A., y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research for Social Policy and Social Work. Themes, methods and approaches*, The Policy Press, Bristol, 2012, p. 57 y ss.). Al respecto explica MULGAN que, en realidad, la política basada en

atención a cómo se determina y cuándo la misma es relevante para los objetivos de prevención del crimen, según la metodología y diseños de investigación empleados para su obtención. En concreto, desarrollan la conocida Escala científica de Maryland (*The Maryland Scale of Scientific Methods*), la cual asigna un valor a cada estudio analizado que podía ir desde 1 (débil) hasta 5 (robusto) en materia de validez interna, que es la que en definitiva tiene mayor capacidad para determinar la validez de la relación de causa-efecto de las variables que se pretenden medir.

Para la clasificación de estos estudios en dicha escala, se tenían en cuenta, entre otras cuestiones, que en los estudios se hubieran controlado otras variables en los análisis. Esto resulta importante porque no controlarlas puede significar que la relación de causa-efecto entre el crimen y el programa que se pretende analizar sea espuria. Por ello, es necesario controlar otras variables que pudieran explicar esa relación de causa-efecto. También que se hubieran medido errores como los

la evidencia no es algo nuevo. En otras épocas ya se utilizaba el conocimiento, desde las evidencias de la academia hasta la inteligencia en todas sus formas. Concretamente, según este autor «hoy en día, la amplitud de los tipos de conocimiento ha aumentado. Los conocimientos producidos por el análisis clásico de las políticas y las ciencias sociales deben entenderse en el contexto de una gama más amplia de tipos de conocimientos que importan a los gobiernos modernos: * conocimiento estadístico (por ejemplo, sobre el tamaño de la población y la migración); * conocimiento de política pública (por ejemplo, sobre lo que funciona para reducir la reincidencia); * conocimiento científico (por ejemplo, sobre el cambio climático); * conocimiento profesional, a menudo informado por pruebas rigurosas (por ejemplo, sobre el impacto de la vacunación); * conocimiento de la opinión pública (por ejemplo, datos cuantitativos de encuestas y datos cualitativos); * opiniones y conocimientos de los profesionales (por ejemplo, la experiencia de la policía en el manejo de la delincuencia organizada); * conocimiento político (por ejemplo, el equilibrio de la opinión en el partido gobernante); * conocimiento económico (por ejemplo, sobre qué sectores se dan probabilidades de crecer o contraerse); * inteligencia clásica (por ejemplo, sobre las capacidades e intenciones de los estados hostiles o de las redes terroristas» (MULGAN, G., «Government, knowledge and the business of policy making: the potential and limits of evidence-based policy», en *Evidence and Policy*, vol. 1, núm. 2, 2005, p. 219).

procedentes de las tasas de respuestas en los estudios o cualesquiera otros errores de medición. Y, por supuesto, el poder estadístico²⁷⁵. De conformidad con lo anterior, establecen una jerarquía de cinco niveles dependiendo del diseño de la investigación, y que irían del menos al más robusto:

- *Nivel 1*: La correlación entre un programa de prevención y la medida de crimen o factores de riesgo del crimen en un punto determinado del tiempo.
- *Nivel 2*. Una secuencia temporal entre el programa y el crimen o el riesgo de crimen claramente observada, o la presencia de un grupo de comparación sin comparabilidad demostrada con el grupo de tratamiento.
- *Nivel 3*. La comparación entre dos o más unidades de análisis comparables, una con y otra sin el programa de prevención.
- *Nivel 4*. Comparación entre múltiples unidades con y sin el programa, controlando otros factores o utilizando unidades de comparación que evidencia solo diferencias menores.
- *Nivel 5*: Asignación aleatoria y análisis de unidades comparables a los grupos de tratamiento (programa) y de comparación.

En definitiva, en cuanto a la calidad en términos de fortaleza de los hallazgos, estarían a la cabeza los diseños experimentales y cuasi experimentales (e incluso le precederían los metaanálisis de este tipo de diseños); en segundo lugar, los estudios con observaciones controladas; en tercer lugar; los estudios observacionales o descriptivos; y, en último lugar las opiniones de los expertos. Una vez establecida esta jerarquía de la fortaleza de los hallazgos, clasifican los programas en cuatro categorías:

²⁷⁵ En realidad, se trata de aplicar el proceder y las cautelas necesarias de la investigación en ciencias sociales. Véase, por ejemplo, BLALOCK, H. M., *Introducción a la investigación social*, Amorrortu Editores, 2011; SANI, F., y TODMAN, J., *Experimental design and statistics for psychology. A first Course*, Blackwell Publishing, 2006; HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., y BAPTISTA LUCIO, P., *Metodología de la investigación*, 6ª edición, McGraw Hill Education, 2014.

a) *lo que funciona*: se está razonablemente seguro de que los mismos previenen el delito o reducen los factores de riesgo asociados al mismo; b) *lo que no funciona*: son aquellos de los que se está razonablemente seguro de que no previenen el delito o no reducen los factores de riesgo; c) *lo que es prometedor*: el grado de evidencia de su efectividad es lo suficientemente bajo como para no poder establecer generalizaciones al respecto, pero que tienen una base empírica para poder al menos predecir que con más investigación en el mismo sentido se podrían alcanzar las conclusiones; d) *lo que es desconocido*: cualquier programa que no haya podido ser clasificado en alguna de las tres categorías anteriores.

Este enfoque basado en la evidencia ha sido acogido ampliamente, sobre todo en la academia y práctica anglosajona²⁷⁶, pero en general podríamos convenir en que parece bastante razonable que las decisiones orientadas a conseguir determinados efectos deben estar informadas empíricamente²⁷⁷, y que también es necesario hacer una evaluación empírica de las intervenciones en el sistema de justicia penal con el objetivo de analizar si las mismas están cumpliendo con sus objetivos²⁷⁸. Como afirman los principales defensores de este tipo de enfoque, en la medida en que ello no

²⁷⁶ MARTÍNEZ GARAY, L., «Evidence-based sentencing y evidencia científica. A la vez, algunas consideraciones sobre las “políticas basadas en la evidencia” y el Derecho penal», en *Teoría y Derecho*, núm. 28, 2020.

²⁷⁷ En este sentido, BECKER, S., BRYMAN, A., y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research...*, *ob. cit.*, p. 89, ponen de relieve críticas como las de Martyn HAMMERSLEY: «¿Quién podría negar que la elaboración de políticas y la práctica deben basarse en evidencias? A grandes rasgos, la conveniencia de hacerlo es evidente. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla».

²⁷⁸ En este sentido, habría que diferenciar entre investigación para la política (*research for policy*), que trataría la investigación empírica que se ocupa de informar al proceso de la política, es decir, la evidencia que sirve antes de que se tome la decisión para que cuando la misma se tome esté informada empíricamente; e investigación de la política (*research of policy*), que es la investigación que se ocupa de cómo se definen los problemas, cómo se han formulado las políticas, las decisiones que se han tomado, cómo se han implementado y evaluado (BECKER, S., BRYMAN, A., y FERGUSON, H., *Understanding research...*, *ob. cit.*, p. 40)

sería discutible en el ámbito de la salud, por ejemplo, o en el de la economía, tampoco debería serlo en un ámbito de sobra importante como es el sistema de justicia penal²⁷⁹. Este enfoque, el de incorporar las evidencias empíricas al debate para conocer más la realidad y cómo interactúa esta con nuestro sistema de justicia penal para tomar las decisiones oportunas, ha escapado del ámbito de la política legislativa o de la política pública y también de la doctrina penal. Si bien hay que reconocer que ha alcanzado, aunque de forma incipiente, a ámbitos que tradicionalmente han estado reservados a lo normativo como son algunas cuestiones de Derecho penal²⁸⁰ o de la Filosofía²⁸¹, proliferando cada vez más los estudios empíricos que sirven para las discusiones propias del Derecho penal y la política

²⁷⁹ KLEIN, R., «From evidence-based medicine to evidence-based policy?», en *Journal of Health Services Research and Policy*, vol. 5, núm. 2, 2000; GARRETT, B. L., «Evidence-Informed Criminal Justice», en *George Washington Law Review*, vol. 86, núm. 6, 2018.

²⁸⁰ Quizás, el primer referente en nuestro panorama doctrinal y dogmático haya sido el profesor DIEZ RIPOLLÉS. Asimismo, MIRÓ LLINARES ha abogado por este enfoque y por la necesidad de un Derecho penal empíricamente informado, y en el que cada vez se contabilizan más penalistas como ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo...», *ob. cit.*; VALIENTE IVÁÑEZ, V., «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del Derecho penal: Una primera aproximación al problema», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (Dir.), y GÓMEZ BELLVÍS, A. B. (Coord.), *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «Do or do not, there is no “try”: an exploratory quasi-experimental study of intuitions of justice applied to attempt and completion of the crime of homicide», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 17, 2019; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y FALCES DELGADO, C., «Los efectos del contexto en la expresión de las actitudes punitivas: El caso del apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable», en *REC: Revista Electrónica de Criminología*, núm. 1, 2019; RACHLINSKI, J. J., «Evidence-based law», en *Cornell Law Review*, vol. 96, núm. 4., 2011.

²⁸¹ Así, actualmente existe una línea en filosofía denominada filosofía experimental (KNOBE, J., y NICHOLS, S. (EDS.), *Experimental Philosophy*, vol. 1, OUP, Oxford, 2008), y también en el ámbito de la ética (AGUIAR, F., GAITÁN A., y VICIANA, H., *Una introducción a la ética experimental*, Cátedra, Madrid, 2020).

criminal²⁸². Frente a lo anterior podría indicarse que la doctrina penal no tiene necesariamente que tomar como referencia un enfoque basado en la evidencia, que una cuestión es la política criminal y la toma efectiva de decisiones en materia de política penal y otra muy distinta es la dogmática penal que reflexiona sobre los fundamentos del Derecho penal y la pena, no siendo necesario ese enfoque empírico. A nuestro juicio, sin embargo, mantener esa separación tan nítida entre lo normativo y lo empírico²⁸³ en, por ejemplo, el debate sobre la justificación de la pena no es deseable, especialmente si, como se ha venido sosteniendo, se parte de premisas consecuencialistas y éstas tienen que ver con la necesidad de evitar el delito o contribuir a su prevención mediante la pena. Podríamos decir que en el caso

²⁸² En este sentido, por ejemplo, resulta importante la «renovación» de la discusión acerca del dolo como consecuencia del impacto de las neurociencias (DEMETRIO CRESPO, E. (DIR.) y MAROTO CALATAYUD, M. (COORD.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013), los estudios sobre cumplimiento normativo (MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*), el análisis empírico de determinados tipos delictivos como los de propiedad intelectual (GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué descargamos contenidos sin autorización en Internet? Un estudio exploratorio de los factores asociados al incumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual en el ciberespacio», en FUENTES SORIANO, O. (DIR.), *Era Digital, Sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), los de medio ambiente (FUENTES OSORIO, J. L., y FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Motivos de absolución en los delitos contra el medio ambiente: Una comparación entre los delitos contra la fauna y contra los recursos naturales», en *Revista Electrónica de Criminología*, vol. 4, 2021) o del delito de denuncia falsa (RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Análisis de la forma de aparición del delito de denuncia falsa (art. 456 CP) a través de una muestra jurisprudencial (2010-2019)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021), solo por nombrar algunos, o la incorporación de los penalistas al debate sobre las herramientas de valoración del riesgo e inteligencia artificial que actualmente está teniendo lugar (véase por todos, MARTÍNEZ GARAY, L., y MONTES SUAY, F., «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho penal: algunas cautelas necesarias», en *Indret*, núm. 2, 2018).

²⁸³ Sobre la discusión en el ámbito continental véase GIESEN, I., «The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning», en *Utrecht Law Review*, vol. 11, 2015.

de la justificación de la pena sería un imperativo dual²⁸⁴ atender tanto a la justificación normativa como empírica de la pena²⁸⁵.

²⁸⁴ Este término es empleado por JACOBSEN y LANDAU, si bien con respecto a otro ámbito muy diferente al que se está tratando en este trabajo. Concretamente, el término es utilizado con respecto al ámbito del estudio y la investigación de la migración forzada. Con este concepto se refieren a la idea de que la investigación que se lleva a cabo debería ser relevante tanto desde el punto de vista más académico, pero también desde el punto de vista de la política pública (JACOBSEN, K., y LANDAU, L. B., «The Dual Imperative in Refugee Research: Some Methodological and Ethical Considerations in Social Science on Forced Migration», en *Disasters*, vol. 27, núm. 3, 2003).

²⁸⁵ Que el enfoque empírico cada vez está ganando más protagonismo en nuestro ámbito, el del sistema de justicia penal, resulta ya indiscutible. Si bien en España todavía está limitado al ámbito de la criminología y la psicología social, lo cierto es que en la literatura anglosajona ya son diversos autores los que han puesto de manifiesto un «boom» de los estudios empíricos legales. Así, por ejemplo, HO y KRAMER hablan de «revolución» de lo empírico en el ámbito que interesa a lo legal (HO, D., y KRAMER, L., «Introduction: the empirical revolution in law», en *Stanford Law Review*, 65, 2013). En una revisión de contenido que DIAMOND y MUELLER llevaron a cabo sobre 60 revistas de Derecho llegaron a la conclusión que casi el 50% de los artículos incluían contenido empírico, si bien la producción primaria u original de contenido empírico era mucho menos frecuente (DIAMOND, S., y MUELLER, D., «Empirical Legal Scholarship in Law Reviews», en *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 6, 2010). Estos estudios empíricos legales no es que pertenezcan, además, a una única área de conocimiento. Más bien cuando en la literatura americana se utiliza este término se tiene en cuenta que éstos estudios tienen raíces en muchas otras disciplinas como la evaluación de estudios, la antropología, la política, el derecho económico, la criminología, la psicología, etc. Ahora bien, tal y como advierte LEEUW «Cuanto más se convierta la investigación jurídica empírica en una “industria en crecimiento”, más importante será comprender y debatir sobre los problemas epistemológicos, metodológicos y de traslación de este campo de estudio. Los problemas epistemológicos se refieren al tipo de conocimiento que se produce y a la acumulación de conocimientos a lo largo del tiempo. La metodología aborda cómo se relacionan los problemas de investigación con los diseños de los estudios, el papel de las teorías, la recopilación de datos y el análisis de los mismos, incluida la forma de operativizar los conceptos jurídicos y dónde encontrar los datos (almacenados, pero también “Big Data”). Los problemas de carácter traslacional consisten en cómo sacar a la luz las evidencias empíricas, de manera que puedan ser comprendidas y utilizadas por abogados, legisladores y reguladores. Un elemento curial de las actividades de

3.2. CRÍTICAS AL ENFOQUE BASADO EN LA EVIDENCIA

A pesar de que puede decirse que basar la toma de decisiones en materia de prevención, pero también de incorporar lo empírico en lo normativo en debates como el de la función de la pena significa añadir grados de racionalidad (instrumental) a la toma de decisiones o a las propias instituciones de Derecho penal orientadas a las consecuencias, este enfoque no está exento de críticas sobre sus limitaciones y es necesario apuntarlas, aunque sea brevemente. Éstas son, como mínimo²⁸⁶, de cuatro tipos y tienen que ver con el optimismo científico o con el alcance del propio método científico en ciencias sociales: de tipo metodológico, de tipo valorativo, de tipo epistemológico y de tipo meta-metodológico. Estas limitaciones, como veremos, salvo posiciones totalmente escépticas, en realidad vendrían a hacernos más conscientes de su alcance que no de su desechabilidad al tener en cuenta sus propias limitaciones.

Críticas de tipo metodológico

Una de las críticas hacia este enfoque es que tiende a acoger la jerarquía de los hallazgos procedentes de ámbitos como la medicina y que dan una preeminencia absoluta a los métodos cuantitativos y, dentro de estos, preferentemente a los meta-análisis y los experimentos. A nuestro juicio, convenimos con BECKER, BRYMAN y FERGUSON que resulta más adecuado acoger

traslación es la brecha entre los hechos (“evidencias”) y los valores, también conocida como la dicotomía hecho-valor y el “bewertungsproblem”: ¿cómo se vinculan las evidencias empíricas (incluidas las causales) con la normatividad de los acuerdos legales y la erudición jurídica?» (LEEuw, F. L., «Empirical Legal Research: The Gap between Facts and Values and Legal Academic Training», en *Utrecht Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2015, p. 22).

²⁸⁶ Evidentemente, cualquier aproximación empírica al Derecho penal tal y como se viene sosteniendo aquí con respecto a la función de la pena, también debe atender a los debates propios de la filosofía de la ciencia y que aquí no reproduciremos. Una muestra en CASTRO-TOLEDO, F. J., «Si todo vale, nada vale. Breves apuntes para la delimitación entre la buena y la mala ciencia criminológica», en *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la Era PosCovid19*, número de Otoño, 2021.

un enfoque que admita un continuo en el sentido de que se empleen los diseños de investigación y los métodos más adecuados según sea la pregunta de investigación que se pretenda responder, y las necesidades del objeto mismo de investigación²⁸⁷. En este sentido, si por lo que nos estamos preguntado es por una relación de causa-efecto, es necesario acudir a los diseños experimentales. Si en cambio lo que interesa es analizar qué factores influyen en un determinado objeto de investigación en un momento concreto, podremos acudir a un diseño no experimental y transversal; si queremos evaluar los efectos de un determinado tratamiento quizás podamos acudir a los meta-análisis²⁸⁸; y si nos preguntamos por cuestiones relacionadas con experiencias, posiblemente los diseños cualitativos como la observación, las entrevistas y grupos de discusión o los análisis documentales se ajusten más al tipo de conocimiento que se pretende obtener^{289/290}. Este enfoque, a

²⁸⁷ BECKER, S., BRYMAN, A., Y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research...*, ob. cit., p. 60 y ss.).

²⁸⁸ WILSON, D. B., «Meta-Analytic Methods for criminology», en *Annals AAPSS*, 578, 2001.

²⁸⁹ Tal y como afirman BECKER, S., BRYMAN, A., Y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research...*, ob. cit., p. 61: «Este enfoque, que también se reconoce cada vez más en el Programa de I+D de la Organización y la Prestación de Servicios del SHN, permite al investigador recurrir al método y al diseño más apropiados para responder a las preguntas específicas de la investigación. También facilita la integración de métodos, rompiendo las guerras de paradigmas entre los métodos cuantitativos y cualitativos. Así pues, la elección del método o métodos que se utilicen, y la posibilidad de combinarlos, dependerá en gran medida de las preguntas de investigación». En este mismo sentido, OAKLEY, A., *Experiments in knowing: Gender and method in the social sciences*, Cambridge: Polity Press, 2000. De esta forma, el investigador deberá emplear aquel diseño que sea más útil y adecuado para responder a la pregunta de investigación realizada. En este sentido, en el ámbito público ya existen algunas propuestas sobre técnicas de análisis en una evaluación de diseño de una determinada política, y en la que se diferencia entre técnicas cuantitativas, cualitativas y mixtas y cada una de ellas está aconsejada dependiendo del propósito al que sirven. De acuerdo con ello, véase CASILLAS, C., MACÍA, M., Y RICO, J., *Guía de Evaluación de Diseño de Políticas Públicas*, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2020.

²⁹⁰ Así, por ejemplo, y a los efectos que interesa en esta tesis doctoral, la investigación empírica sobre la disuasión ha sido abordada desde

diferencia de la jerarquía en la que se da preeminencia a los métodos y diseños cuantitativos, permite una mejor integración de métodos, «rompiendo con el paradigma de la guerra entre los métodos cuantitativos y cualitativos»²⁹¹.

Más allá de la crítica o debate en relación con la cuestión sobre si es más adecuado un modelo basado en la jerarquía de las evidencias²⁹² o un modelo entendido como un continuo, las

prácticamente la totalidad de diseños y metodologías de la investigación de las que disponen las ciencias sociales. En este sentido, se ha abordado de análisis cuantitativos, cualitativos, con diseños no experimentales, cuasi experimentales y experimentales. Tal y como expone JACOBS «La investigación sobre la disuasión es cuantitativa, cualitativa y experimental, pero cada diseño, y su núcleo, trata de determinar si la delincuencia es sensible a los cambios en las amenazas de sanciones percibidas. La medición se realiza a diferentes niveles de agregación, utilizando diferentes medidas de resultados y diseños de muestreo, pero el objetivo es inevitablemente determinar si las amenazas de sanción reducen los delitos y en qué medida» (JACOBS, B. A., «Deterrence and Deterrability», en *Criminology*, vol. 48, 2010, p. 417).

²⁹¹ BECKER, S., BRYMAN, A., Y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research...*, ob. cit., p. 61. Como señala LARRAURI tras exponer la diferencia entre el paradigma positivista e interpretacionista en las ciencias sociales, «en la actualidad se da un cierto consenso en afirmar que ambos métodos son válidos y se deben usar en función de aquello que queremos averiguar. Si lo que se pretende es averiguar relaciones causales o correlaciones, deberemos usar los métodos cuantitativos, si en cambio estamos interesados en describir un caso, captar su significado y entender los motivos por los que la persona efectúa determinado comportamiento, los métodos cualitativos serán más efectivos» (LARRAURI, E., *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal*, Trotta, Madrid, 2015, p. 40).

²⁹² Una cuestión para nada desdeñable pues constituye actualmente una cuestión en debate que se dirime entre aquellos que defienden en el ámbito de la criminología que los experimentos son un diseño superior a cualquier otro, y aquellos que, asumiendo su valor por la robustez del diseño, entienden que es necesario también darles un papel igual de importante a los demás diseños de investigación. En palabras de SAMPSON «las reivindicaciones de los métodos experimentales no han sido modestas. Entre otras cosas, se ha argumentado que los experimentos mejoran la calidad científica, la política basada en las evidencias, la inferencia causal e incluso la libertad. La criminología no es en absoluto la única en su afán experimental. Angus Deaton, ex presidente de la American Economic Association, acuñó

limitaciones de tipo metodológico tienen que ver con las intrínsecas limitaciones de los propios métodos y diseños de investigación. Así, por ejemplo, los experimentos siempre tienen amenazas a su validez interna que el investigador debe tratar de mitigar, pero debemos ser conscientes de que en ciencias sociales siempre existe la posibilidad de que el diseño de investigación incurra en alguna fuente de amenaza a su validez²⁹³. Por otro lado, es cierto que los experimentos son el diseño más idóneo para establecer una relación causal entre dos variables, y es por ello por lo que la validez interna es lo que realmente convierte en robusto a este tipo de diseños. Sin embargo, en muchas ocasiones y en favor de mantener intacta la validez interna se deja de lado o se sacrifica la validez externa,

recientemente el término “aleatoristas” para describir a aquellos economistas convencidos de que adoptar el paradigma del ensayo clínico aleatorio (RTC) era la mejor esperanza para el progreso científico [...] Pero los “aleatoristas” criminológicos se han excedido en sus afirmaciones y han generado sus folclores ganados, a lo que creo que es más apropiado llamar “mitos”» (SAMPSON, R. J., «Gold Standard Myths: Observations on the Experimental Turn in Quantitative Criminology», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 26, 2010, p. 490).

²⁹³ Así, HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., y BAPTISTA LUCIO, P., *Metodología de la...*, *ob. cit.*, enumera una lista aunque no debe entenderse ésta como una *numerus clausus*. Al respecto, encontramos como fuentes de amenaza las siguientes: historia («eventos externos que ocurran durante el experimento e influyan a algunos participantes»); maduración (que los participantes puedan cambiar o madurar durante el estudio); inestabilidad del instrumento de medición («poca o nula confiabilidad del instrumento»); inestabilidad del ambiente experimental («las condiciones del entorno y del ambiente no son iguales para todos los grupos»); administración de pruebas («que los participantes se acuerden de las preguntas del pre test»); instrumentación («que los instrumentos aplicados no sean iguales en ambos grupos»); regresión («seleccionar participantes que tengan puntuaciones extremas en cada variable»); selección («que los grupos no sean equivalentes»), mortalidad («que abandonen el experimento»); difusión de tratamientos («que los participantes se comuniquen entre sí»); compensación «que se desmoralicen los del grupo control»; conducta experimental («que el experimentador afecte a los resultados»).

que es la que permite la generalización de los datos²⁹⁴. Y ello pese a que en el ámbito que nos ocupa, la generalización de los datos y por tanto de la validez externa es crucial para la toma de decisiones en materia de política penal. Asimismo, y aunque la criminología experimental sea un ámbito de estudio que parece estar en crecimiento, lo cierto es que por la complejidad de los fenómenos sociales de los que se ocupa este ámbito de conocimiento no siempre va a ser posible llevar a cabo un experimento o, como se denominan en la literatura, *randomized control trials*. Por ello, es más habitual que se empleen diseños cuasi-experimentales, los cuales tampoco están exentos de problemas. Estos tienen básicamente las mismas desventajas que los experimentos, añadiendo la que es inherente al propio diseño cuasi-experimental, esta es, la menor seguridad acerca de la equivalencia de los grupos²⁹⁵. Estos son solo dos de los ejemplos, pero cada diseño de investigación tiene sus propias debilidades y limitaciones que el investigador que lo lleva a cabo

²⁹⁴ CARTWRIGHT, N., «Are RTCs the gold standard?», en *BioSocieties*, vol. 2, núm. 1, 2007. Pero no es que los defensores de este enfoque no conozcan estas limitaciones, sino que, como cualquier científico que emplea el método científico, las tienen muy en cuenta. Así, por ejemplo, en el informe *Preventing Crime*, dejan desde el primer momento asentadas cuáles son las principales debilidades y fortalezas de emplear este punto de vista científico. Precisamente, entre sus debilidades destacan, por un lado, que el conocimiento empírico es siempre provisional. Por otro, que las generalizaciones son inciertas. Al respecto indican que «las reglas de las ciencias son relativamente claras en cuanto a la forma de probar la causa y el efecto en cualquier estudio, un concepto conocido como “validez interna”. Las reglas son mucho menos claras, especialmente en las ciencias sociales, sobre cómo juzgar la amplitud de los resultados de cualquier estudio, un concepto conocido como “validez externa”. Los resultados de una evidencia muy sólida y con validez interna sobre cómo reducir el maltrato infantil entre las madres adolescentes rurales de raza blanca, por ejemplo, pueden no generalizarse a una población de madres afroamericanas del centro de la ciudad. Las dos poblaciones son claramente diferentes, pero la pregunta de si esas diferencias cambian los efectos del programa puede responderse mejor probando el programa en ambas poblaciones» (SHERMAN, L. W., GOTTFREDSON, D. C., MACKENZIE, D., ECK, J., REUTER, P., y BUSHWAY, S. D., «Preventing Crime: What Works, What Doesn't...», *ob. cit.*, p. 3).

²⁹⁵ Una recopilación de las limitaciones de este tipo de diseños en REICHARDT, C. S., *Quasi-Experimentation. A Guide to Design and analysis*, The Guilford Press, New York, 2019.

debe conocer, y también aquel que interpreta la evidencia resultante de su aplicación, y debe ser consecuente al extraer conclusiones de estos estudios empíricos²⁹⁶.

Críticas de tipo valorativo

Quizás una de las críticas más relevantes al enfoque «basado en la evidencia» sea la que hemos denominado de tipo valorativo. Como explican BECKER, BRYMAN y FERGUSON, la noción de «práctica basada en la evidencia» ofrece una ilusión de que aquella decisión que se adopte conforme a este enfoque deriva directamente «del cálculo demostrativo de la investigación empírica». Es más, que, si ello fuera así, podrían tomarse decisiones de política criminal de forma totalmente aséptica, neutral y científica, eliminando así de la ecuación la interpretación y el juicio de los legisladores y de los expertos²⁹⁷.

Lo cierto es que esta visión supone una distorsión del alcance real de este enfoque o, si se prefiere, una visión *naïf*. Esto es, la evidencia científica en realidad no puede indicarnos qué es lo justo o injusto o que es lo que debe hacerse. La evidencia, en este sentido, solamente nos puede proveer de información

²⁹⁶ Como ROBENNOLT pone de relieve: «Existe un gran número de enfoques metodológicos para abordar las cuestiones de investigación que tienen relevancia para el Derecho y la política, cada uno con sus propias ventajas y limitaciones. Al considerar la pertinencia de la investigación empírica para responder a cuestiones jurídicas y políticas, los responsables de la toma de decisiones deberían preocuparse por varios aspectos diferentes de la investigación. Por ejemplo, los que evalúan la investigación empírica deben preocuparse de que las medidas utilizadas para cuantificar los conceptos jurídicos sean suficientes para captar el constructo en cuestión (validez del constructo), el grado en que el diseño de la investigación permite hacer inferencias sobre las relaciones causales entre las variables (validez interna) y el grado en que los resultados de la investigación pueden generalizarse a personas, tiempos y entornos más allá de aquellos en los que se realizó la investigación (validez externa)» (ROBENNOLT, J. K., «Evaluating Empirical Research Methods: Using Empirical Research in Law and Policy», en *Neb. L. Rev.*, vol. 81, 2002, p. 779).

²⁹⁷ BECKER, S., BRYMAN, A., Y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research...*, *ob. cit.*, p. 93.

factual sobre los efectos de una determinada intervención²⁹⁸. Por ello, entienden que la expresión de «lo que funciona» (*what works*) puede ser engañosa si con ello se confunde lo fáctico con lo normativo (o más bien si se entiende que lo fáctico sustituye a lo normativo), y es necesario tener en cuenta que siempre deberá haber un juicio evaluativo o de valoración detrás²⁹⁹ (*practical wisdom*³⁰⁰). Señala MARTÍNEZ GARAY con respecto a este enfoque que esta visión *naif* que supone expresar «la necesidad de adoptar las políticas ‘que funcionan’ (*what works*) es engañoso»³⁰¹, entre otras razones porque «tiende a presentar los problemas como meras cuestiones técnicas, oscureciendo la naturaleza política de muchas de las cuestiones a resolver»³⁰². Así, la autora afirma que, por ejemplo, aunque dispongamos de evidencia científica sobre cómo solucionar un determinado problema, de tal hecho no puede derivarse que este problema sea lo suficientemente importante. La autora añade a lo anterior:

²⁹⁸ Como explica SANDERSON, «Por supuesto, se reconoce ampliamente que la elaboración de políticas implica mucho más que referencias a las evidencias de “lo que funciona”; el proceso de formulación de una política de entrega tiene lugar en un contexto político y está sujeto a muchas influencias legítimas de una serie de partes interesadas» (SANDERSON, I., «Intelligent Policy Making for a Complex World: Pragmatism, Evidence and Learning», en *Political Studies*, vol. 57, 2009, p. 699).

²⁹⁹Efectivamente, como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA con respecto a la Criminología, que ésta «sea una ciencia empírica solo significa que utiliza un determinado método para obtener información deseada sobre el problema criminal, y para verificarla satisfactoriamente; un método inductivo, basado en el análisis y observación de la realidad individual y social, que por ello -por si científismo- garantiza mejor que cualquier otro la fiabilidad y rigor del examen del objeto investigado. Pero nada más. La “corrección” del método criminológico no elimina la problematicidad del conocimiento mismo, ni la necesidad de interpretar y sistematizar los datos y formular las correspondientes teorías» (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La aportación de la Criminología», en *Eguzkilore*, núm. 3, 1989, p. 80).

³⁰⁰ Sobre el concepto de *practical wisdom* véase LACEWIG, M., «Practical Wisdom», en *Philosophy for A2: Key Themes in Philosophy*, 2009.

³⁰¹ MARTÍNEZ GARAY, L., «Evidence-based sentencing y evidencia científica...», *ob. cit.*, p. 249.

³⁰² *Ibidem*.

[...] la investigación científica puede proporcionar evidencia sobre cuáles son las consecuencias de determinadas políticas, pero no es capaz por sí sola de establecer cuál de esas políticas debe considerarse preferible. En las decisiones políticas hay otros factores que legítimamente condicionan las decisiones, además del conocimiento científico y sobre ellas debe haber un debate abiertamente político, no (solo) técnico³⁰³.

En relación con esta crítica no cabe si no estar de acuerdo. Tanto es así, que los propios impulsores de este enfoque en el ámbito de la prevención del crimen no solamente reconocen los propios límites del método científico y las debilidades metodológicas de los diseños de investigación (incluso los más robustos), sino que también hacen hincapié en que aunque los resultados de la evaluación científica deberían integrarse en una política de prevención (que sería más racional por ello), de sus resultados no cabe inferir que se pueda seleccionar automáticamente cuál es la mejor política a llevar a cabo³⁰⁴. En primer lugar, porque «el hecho de que un programa sea ‘efectivo’ puede ser irrelevante si su financiación o sus costes sociales son demasiado amplios»³⁰⁵ y, en segundo lugar, porque efectivamente puede haber objetivos más valiosos por razones distintas a la efectividad científicamente evaluada (e.g. justicia, equidad e igualdad)³⁰⁶. En definitiva, en realidad, estos autores

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ GOTTFREDSON, D. C., MACKENZIE, D., ECK, J., REUTER, P., y BUSHWAY, S. D., «Preventing Crime: What Works, What Doesn't...», *ob. cit*

³⁰⁵ *Ibid*.

³⁰⁶ En este sentido también, LAWLESS, R. M., ROBBENNOLT, J. K., y ULEN, TH. S., *Empirical Methods in Law*, Aspen Publishers, 2010. A todo ello, además, habría que sumarle las limitaciones de este enfoque derivadas ya no de los límites de las ciencias sociales, sino de la propia política y Gobierno. Como ha apuntado MULGAN, en este ámbito hay tres limitaciones principales. La primera es la que tiene que ver con la democracia: «En una democracia, el pueblo y los políticos que lo representan tienen todo el derecho a ignorar las evidencias. En algunos casos, tienen buenas razones para ser escépticos sobre el conocimiento de los expertos, que a menudo les llevó por el mal camino en el siglo pasado. En otros casos, pueden preferir confiar en su “instinto”. Un buen ejemplo de ello son las cifras de la policía. Los datos existentes no permiten pensar que un mayor número de policías

no están defendiendo que la evidencia domine la política ni determine qué es lo relevante en términos penales o político-criminales. Pero, una vez determinado qué es lo relevante por parte de la política, abogan por adoptar un enfoque empírico y racional instrumentalmente, lo cual, a nuestro juicio, en realidad, no se aleja demasiado de los modelos de racionalidad de las leyes penales señalados más arriba. Y, salvo para aquellos académicos que sostengan una justificación o racionalidad únicamente ética de las normas de Derecho penal, podría decirse que existe consenso sobre la necesidad de establecer la

sea una forma eficaz de reducir la delincuencia, pero si los ciudadanos consideran que es una buena forma de gastar el dinero público y de aumentar su confianza, sería perverso que los responsables políticos ignoraran su opinión». El segundo límite para MULGAN es la propia ambigüedad: «No es necesario aceptar la definición de Renan de las naciones como forjadas por las cosas que olvidan para reconocer que todas las sociedades se mantienen unidas en parte por ambigüedades y silencios aceptados. En política, como en la vida personal, la revelación total es bonita en teoría, pero puede ser profundamente desestabilizadora y destructora del respeto propio y mutuo. Cuando los diferentes grupos tienen opiniones o intereses diametralmente opuestos, la afirmación de la racionalidad y la evidencia puede tener poco impacto y los buenos políticos entienden esto a menudo mucho mejor que los académicos». Finalmente, el tercer límite relacionado con el gobierno y la política sería, para MULGAN, el tiempo: «El tiempo de investigación es diferente del tiempo de decisión. Los plazos tan ajustados de la acción gubernamental simplemente impiden algunos tipos de pruebas y evaluaciones y dan más importancia a los juicios rápidos en condiciones de incertidumbre. Es probable que estos juicios sean mejores si los políticos y funcionarios han interiorizado su comprensión de cómo funciona el mundo, y a menudo el buen gobierno depende tanto de este conocimiento artesanal tácito como del conocimiento explícito y formal». Estos son problemas a los que se debe enfrentar cualquier política basada en las evidencias. Si bien, en nuestra opinión el más problemático de todos es el relativo a la democracia, en el sentido en que estamos de acuerdo en que el principio democrático debe regir, y ello puede implicar ignorar la evidencia científica. Pero tal y como reconoce MULGAN, «los que participan en la creación y el uso del conocimiento deben dirigirse tanto al público y a los medios de comunicación como al gobierno. El conocimiento es más atractivo no solo cuando es útil, sino cuando su propia visibilidad hace que los gobiernos no lo utilicen» (MULGAN, G., «Government, knowledge, and the business of policy making: the potential and limits of evidence-based policy», en *Evidence & Policy*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 224-225).

racionalidad tanto ética como instrumental (junto a todas las demás, claro) de las normas penales.

Críticas tipo epistemológico

Otra limitación o crítica que debemos tener en cuenta con respecto al enfoque «basando en la evidencia» es la de carácter epistemológico en el sentido de que puede argüirse, por ejemplo, que los resultados de unos estudios no pueden aplicarse a otro tipo de muestras o poblaciones (no se pueden generalizar) o, también que, aunque se puedan generalizar, esos resultados no nos indican con respecto a cada individuo específico qué es lo que sucede con el tratamiento o la intervención de que se trate. Así, por ejemplo, indican BECKER, BRYMAN y FERGUSON que, efectivamente, aunque lo más importante o el objetivo principal pueda ser el saber el resultado probable de un determinado tratamiento de media, ello no indica cuál es el resultado probable de un caso particular de la población. Además, como añaden estos autores, incluso en los ensayos clínicos aleatorizados en los que se muestre un efecto positivo del tratamiento, habrá individuos dentro de la propia muestra del grupo experimental que no muestren ninguna mejora o que mejoren de una forma poco significativa, e incluso puede haber sujetos que sufran efectos secundarios graves que superarían el valor positivo del tratamiento³⁰⁷.

Por este motivo, es necesario tener en cuenta todas estas limitaciones de carácter epistemológico, no para indicar que este modelo entonces no sirve, sino para que aquél que tenga que evaluar los resultados y tomar una decisión los tenga en cuenta. Si bien, en el caso que nos concierne, el de la configuración directiva de las normas penales o el de la función de la pena, lo deseable en realidad es esa posible generalización. Nos interesa que las normas puedan motivar a cuanta más gente mejor, aunque siempre haya individuos que no vayan a verse motivados hacia el cumplimiento de la norma penal o el modelo

³⁰⁷ BECKER, S., BRYMAN, A., Y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research...*, ob. cit., pp. 93-94.

explicativo del que partamos sobre el cumplimiento de las normas no pueda explicar casos o grupos de casos concretos. Indica MARTÍNEZ GARAY que estas generalizaciones que se realizan sobre «lo que funciona» pueden tener más legitimidad en ámbitos como el de la medicina (desde el que surgió todo este enfoque y movimiento) que en ámbitos como el que nos ocupa. En este sentido, indica la autora que

[...] los cuerpos de todos los seres humanos comparten unas características anatómicas y fisiológicas esencialmente idénticas. Por ello, un medicamento que ha demostrado ser efectivo para bajar la fiebre en una muestra de pacientes de Wyoming producirá básicamente el mismo efecto en pacientes de Berlín. Sin embargo, no tiene por qué ocurrir lo mismo respecto de intervenciones cuyos efectos están mediados por factores contextuales que pueden diferir radicalmente en cada momento y lugar. Un programa de innovación educativa para reducir el fracaso escolar en Berlín no tiene por qué ser igualmente efectivo en Wyoming si las características académicas y socioeconómicas de los estudiantes y de sus familiares son similares. E incluso si lo fueran, dos individuos que comparten un perfil parecido no reaccionan igual ante determinados estímulos o tratamiento si toman las mismas decisiones porque media siempre la personalidad, las preferencias y las experiencias particulares de cada cual. Dicho de otra manera, desde el punto de vista epistemológico, no es correcto trasladar al ámbito de las políticas públicas el tipo de generalizaciones que sí pueden estar justificadas en medicina³⁰⁸.

Sin embargo, aquí diferimos profundamente con la autora sobre la «incorrección» de trasladar un enfoque como el basado en la evidencia a un ámbito como el nuestro por tres motivos principales. El primero, porque entendemos que derivar del supuesto de la dificultad de generalizar los resultados de un estudio en muestras completamente diferentes por el contexto la incorrección del enfoque resulta un salto lógico difícilmente asumible. Y ello porque indicar que en dos contextos distintos las muestras son distintas y, por lo tanto, los resultados de una

³⁰⁸ MARTÍNEZ GARAY, L., «Evidence-based sentencing y evidencia científica...», *ob. cit.*, p. 249.

muestra no son generalizables a otra completamente diferente no debe suponer la invalidez del enfoque, sino que será necesario estudiar las variables que sean de interés en atención a las características de las distintas muestras. Efectivamente, quizás no sea posible trasladar un programa educativo de un país a otro por las diferencias que puedan darse en las características de la población de cada país, pero eso no significa que no haya que analizar qué tratamiento sería adecuado a la muestra que interese. Esto fue indicado ya por los propios impulsores del enfoque en materia de prevención del crimen³⁰⁹, es decir, no es una cuestión que no se tenga en cuenta o que se oculte.

De ahí la importancia de replicar los estudios de interés con el objetivo de alcanzar la validez externa y la generalización de los resultados³¹⁰. El segundo motivo de desacuerdo con la autora es que, a nuestro juicio, es precisamente en nuestro ámbito donde tiene especialmente cabida este enfoque. Al

³⁰⁹ GOTTFREDSON, D. C., MACKENZIE, D., ECK, J., REUTER, P., y BUSHWAY, S. D., «Preventing Crime: What Works, What Doesn't...», *ob. cit.*, p. 3.

³¹⁰ Lo cual, a su vez, no tiene por qué suponer ignorar la propia crisis de la ciencia que supone la propia crisis de la replicabilidad, la integridad y la legitimidad. Así, BENESSIA ET. AL., *The rightful place on science: science on the verge*, Consortium for Science, Policy & Outcomes, Tempe, AZ and Washington, DC, 2016, ponen de relieve esta crisis indicando que la misma tiene varias dimensiones: éticas, epistemológicas, metodológicas e incluso metafísicas. Esta crisis, tal y como describen SATELLI, A., RAVETZ, J., y FUNTOWICZ, S., «Who will solve crisis in science?», en Benessia et. al., *The rightful place on science: science on the verge*, Consortium for Science, Policy & Outcomes, Tempe, AZ and Washington, DC, 2016, no solamente se ha hecho notar en ciencias como la medicina, sino que también hay voces que han mostrado su preocupación en el ámbito de las ciencias de comportamiento como ha sido el caso del Nobel Daniel KAHNEMAN. Con respecto a este último, es conocida la anécdota en torno a la poca validez de los resultados de un capítulo de uno de sus libros más célebres y que constituye un *best seller*, como es *Thinking, Fast and Slow*. Puede verse la discusión en el siguiente enlace, donde son los propios protagonistas donde explican la cuestión: <https://replicationindex.com/2017/02/02/reconstruction-of-a-train-wreck-how-priming-research-went-of-the-rails/comment-page-1/#comment-1454>

menos, tanta cabida como la pueda tener en el ámbito económico, en el ámbito sanitario, etc. ¿Por qué iban a importar menos las evidencias empíricas a un penalista que a un economista o a un médico, especialmente teniendo en cuenta, lo relevante y sensible del objeto del Derecho penal? Si, como se ha argumentado, se parte de un Derecho penal orientado a la prevención de conductas en aras de una protección de intereses socialmente valiosos y, por tanto, de un Derecho penal orientado a las consecuencias, entonces hemos de convenir en que es necesario informar empíricamente a esas instituciones orientadas a las consecuencias y, especialmente, a la función de la pena. Informar empíricamente el debate es necesario para posteriormente poder indicar al legislador qué tipo de intervención es más aconsejable. El tercer motivo de desacuerdo es que, a nuestro juicio, asumir que las características individuales o contextuales y las dificultades para analizar empíricamente fenómenos sociales y relacionados con el Derecho penal, implique también negar que es mejor tener un conocimiento empírico imperfecto para tomar decisiones que tomarlas sin ningún conocimiento absoluto, es de nuevo un salto poco asumible. Si la alternativa es seguir estableciendo normativamente consecuencias que no se verifican y que o intuimos que tienen lugar en la realidad, o esperamos que las tenga, a nuestro juicio es más deseable un conocimiento científico imperfecto. Y esto porque en ningún lugar el enfoque basado en la evidencia empírica ha prometido la verdad irrefutable sobre algo. Criticarle eso es más producto, entendemos, de la caricaturización que se ha llevado a cabo de esta forma de proceder por parte de aquellos escépticos con esta corriente que con los compromisos de este enfoque. Con lo que esta corriente sí se compromete es con el análisis de la mejor evidencia disponible para poder informar la toma de decisiones en la medida en que tal conocimiento sea relevante. A ello cabría añadir que resulta llamativo que tal actitud escéptica en torno a la toma de decisiones basadas en la evidencia manifestada en una parte de la doctrina se manifieste con más o menos intensidad dependiendo de la cuestión concreta a debatir. Así ocurriría, por ejemplo, con respecto a los argumentos

consecuencialistas en contra de la prisión permanente revisable. Así, se indica en este debate que la decisión de incorporar esta pena en el ordenamiento jurídico es irracional desde el punto de vista instrumental porque «penas más duras no disuaden». No obstante, este tipo de argumentos son realmente escasos en el debate de la pena más «cotidiano». En todo caso, a nuestro juicio no parece acertado sostener la «incorrección» del enfoque basado en la evidencia por lo que implica la alternativa, que no es sino dejar la toma de decisiones en manos de un legislador miope e interesado.

Críticas de tipo meta-metodológicos

A este enfoque se le han realizado otro tipo de críticas meta-metodológicas, es decir, que van más allá de señalar las propias limitaciones del método científico y los diseños y procesos de investigación para obtener la evidencia, dando un paso más para llamar la atención sobre aspectos relacionados con el vínculo entre la evidencia empírica y la política. Así, se ha puesto de manifiesto que abogar insistentemente por este enfoque puede dar lugar a que en vez de tener un legislador o un decisor que atienda a las evidencias empíricas para tomar sus decisiones o que éstas estén informadas empíricamente, puede resultar en que más bien se lleve a cabo una construcción de la evidencia basada en la política³¹¹. Es decir, pensar que con este enfoque se ponen límites a los excesos de la política en materia penal es quizás demasiado optimista y que la necesidad de adoptar un enfoque más científico en materia político-criminal

³¹¹ MARTÍNEZ GARAY, L., «Evidence-based sentencing y evidencia científica...», *ob. cit.* En este sentido, indican BODEN, R., y EPSTEIN, D., «Managing the research imagination? Globalisation and research in higher education», en *Globalization, Societies and Education*, vol. 4, 2006, pp. 223-236, que cuando este enfoque se emplea en Reino Unido con ello se «busca capturar y controlar los procesos de producción de conocimiento hasta el punto de que hay un tipo de “investigación” que puede ser mejor descrita como “evidencia basada en la política”». Al respecto, véase también STRASSHEIM, H., y KETTUNEN, P., «When does evidence-based policy turn into policy-based evidence? Configurations, contexts and mechanisms», en *Evidence and Policy*, vol. 10, núm. 2, 2014, pp. 259-277.

no solamente no se lleve a cabo en la dirección en que pensaban los expertos, sino que además le sirva de base a los políticos como argumento de legitimidad de sus decisiones³¹². Es por ello que este enfoque puede llevar a que se hagan pasar por políticas basadas en la evidencia lo que en realidad no es más que una construcción de evidencia basada en la política (*policy-based evidence making*). Asimismo, también se menciona que existe igualmente «el peligro de suplantar el debate abierto y legítimo sobre opciones ideológicas y morales contrapuestas ocultando la dimensión política de los argumentos en liza tras la aparente neutralidad de mejores y más consistentes apoyos científicos para alguna de las opciones en disputa»³¹³. A lo anterior, se añade que también es importante el contexto en el que se lleva a cabo la investigación. Así, tal y como señalan BECKER, BRYMAN y FERGUSON, «toda investigación tiene lugar en un contexto de costes, financiación y constreñimientos ‘políticos’, que inevitablemente influyen en la decisión sobre los métodos a utilizar»³¹⁴. En este sentido, ambas críticas son perfectamente legítimas, especialmente cuando ya se tiene evidencia de que efectivamente en alguna ocasión los políticos se parapetan detrás de lo que parece algún porcentaje que vendría a legitimar su intervención. Este sería el caso, por ejemplo, de la prisión permanente revisable. No obstante, este supuesto no solo pone de manifiesto que el legislador puede utilizar espuriamente argumentos empíricos para apoyar determinadas decisiones controvertidas, sino que el hecho de que la doctrina penal no

³¹² Véase GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y FALCES DELGADO, C., «Los efectos del contexto...», *ob. cit.*

³¹³ MARTÍNEZ GARAY, L., «Evidence-based sentencing y evidencia científica...», *ob. cit.*, p. 250. Así, SAREWITZ indica que la ciencia en lugar de venir a proponer soluciones en realidad ha creado más problemas: «en lugar de resolver el debate político, la ciencia se convierte a menudo en munición en las disputas partidistas, movilizadas selectivamente por los bandos contendientes para reforzar sus posiciones» (SAREWITZ, D., «Science and environmental policy: An excess of objectivity», en FROEDEMENT, R. (ED.), *Earth matters: The earth sciences philosophy, and the claims of community*, Prentice Hall, 2000, pp. 79-98).

³¹⁴ BECKER, S., BRYMAN, A., Y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research...*, *ob. cit.*

esté entrenada en este ámbito hace que no se pueda desenmascarar al legislador en este sentido³¹⁵.

3.3. ¿ENTONCES?

Como se ha esbozado someramente, son varias las críticas respecto del empleo del enfoque basado en la evidencia para la toma de decisiones en política pública en general, y que también podrían trasladarse al ámbito de las instituciones de Derecho penal que se ha argumentado que deberían estar informadas empíricamente como es la función de la pena. Estas críticas tratan de señalar acertadamente las principales debilidades de este enfoque. Entendemos que, además, son totalmente necesarias, y evitan que entendamos que la evidencia empírica es la solución a todos nuestros problemas, que seamos ingenuos con lo que en realidad nos puede ofrecer este enfoque especialmente en nuestro campo donde, por un lado, lo normativo tiene un peso evidente y, por otro, donde lo que tiene que ver con la política criminal está sujeto a la política y, en consecuencia, a los vaivenes de ésta.

A nuestro juicio, estas críticas, tanto las de índole metodológica, como las epistemológicas, las valorativas o las meta-metodológicas no constituyen obstáculos insalvables, sino más bien banderas rojas que nos señalan determinados aspectos sobre los que debemos ser cautelosos³¹⁶. El método científico no

³¹⁵ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y FALCES DELGADO, A. B., «Los efectos del contexto...», *ob. cit.*

³¹⁶ Posiblemente, el problema de los principales defensores de este movimiento es el hecho de polarizar o dicotomizar la cuestión entre las opiniones de los expertos que no están basadas en las evidencias y la toma de decisiones basadas en estudios experimentales o meta-análisis. En este sentido, esa dicotomía convierte en más valiosa y casi perfecta la opción de la política basada en la evidencia, pero, al mismo tiempo, encubre determinados límites que tiene y que se deben tener en cuenta en todo momento. En este sentido, como explica HAMMERSLEY, M., «Is the evidence-based practice movement doing more good than harm? Reflections on Iain Chalmers' case for research-based policy making and practice», en *The Policy Press*, vol. 1, núm. 1, 2005, p. 94: «Si se anima a los responsables políticos y a

es infalible, menos aún en el contexto de las ciencias sociales, y también es de sobra conocido que tiene muchos límites³¹⁷, a lo que no ayuda además la denominada crisis de la ciencia³¹⁸, pero es una de las prácticas más racionales posibles³¹⁹. Cualquier científico social asume de manera natural que el método científico tiene un alcance determinado, tiene límites que es necesario conocer, que el conocimiento obtenido mediante el mismo siempre es provisional y por ello las conclusiones no

los profesionales a dar a los resultados de investigación más peso del que merecen, esto podría provocar resultados indeseables: las políticas o los tratamientos podría no utilizarse cuando hubieran sido valiosos o ser tratados como más fiables de lo que realmente son. La cuestión es que la realización de ensayos controlados aleatorios y revisiones sistemáticas puede tener costes colaterales; ellos mismos pueden causar daños (una posibilidad que Chalmers pasa por alto). Mi argumento aquí no es que la falibilidad de la investigación socave su valor; no es así. Es probable que se pueda mejorar la práctica de todas formas, y los datos de la investigación pueden desempeñar a menudo un papel clave para conseguirlo, pero no puede garantizar que mejore la situación en lugar de empeorarla. Debemos afrontar este hecho inquietante en lugar de ignorarlo».

³¹⁷ SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, Dykinson, Madrid, 2009.

³¹⁸ SALTELLI, A., y GIAMPIETRO, M., «What is wrong with evidence based policy, and how can it be improved?», en *Futures*, vol. 91, 2017.

³¹⁹ UEBEL, T. E. (ED.), *Rediscovering the forgotten Vienna circle: Austrian Studies on Otto Neurath and the Vienna circle (vol. 133)*, Springer Science & Business Media, 2012. Por ello, el hecho de que sea difícil acercarse a la realidad incluso con un método sistemático como el científico y que además presente tantos problemas cuando se aplica a las ciencias sociales, no implica que haya que dejarlo de lado. Como pone de relieve CARDENAL MONTRAVETA: «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 [la prevención], 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 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 incrementarlo» (CARDENAL MONTRAVETA, S., «¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-18, 2015, p. 3)

pueden ser definitivas. Como afirma SERRANO MAÍLLO, la principal característica del conocimiento científico es que es siempre provisional y, por tanto, tiene un gran margen para el error. Del mismo modo, las soluciones que desde el mismo se planteen tenderán a ser complejas y no siempre ausentes de efectos secundarios que también merecen de evaluación³²⁰. Pero es precisamente esto lo que lo convierte en robusto, transparente y trazable.

Aplicar el método científico para acercarnos a la realidad, es acercarnos a la misma de una forma sistemática, organizada y epistémicamente más robusta³²¹, que la que supone la propia experiencia de cada uno o las percepciones individuales. Es cierto que precisamente debido a las propias debilidades anteriormente mencionadas se pueda correr el riesgo de legitimar el uso de datos y evidencias por parte del legislador de forma totalmente interesada y parcial, de tal forma que se revistan de legitimidad decisiones que en realidad admitirían debate. En nuestra opinión, que el legislador empezara a utilizar datos en el ámbito de la política criminal, de las distintas reformas del Código Penal en el sentido que indican las evidencias empíricas procedentes de la investigación académica ya sería un logro³²². Pero ante el temor de que éstas se puedan utilizar de forma totalmente burda, desde la doctrina debemos seguir disponiendo de herramientas para refutar esas posiciones, herramientas empíricas y críticas³²³. Así, por

³²⁰ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, pp. 51-52.

³²¹ MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas...», *ob. cit.*

³²² Véase sobre cómo en el proceder habitual del legislador no se emplean los datos para llevar a cabo determinadas reformas penales en BENITO, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.

³²³ Y en este sentido, las ciencias sociales (la criminología, la psicología, la sociología, la economía) son nuestra mejor herramienta para adquirir ese conocimiento, pero también la realización de nuestros propios estudios empíricos. Así, tal y como sostiene ALTMAN «no estamos obligados moralmente a elegir la mejor alternativa para promover nuestros fines colectivos, sino a elegir lo que razonablemente creemos que es la mejor alternativa basándonos en los datos más fiables que tenemos. El

ejemplo, ante las sucesivas reformas del Código Penal en las que se ha aumentado la severidad de conductas ya tipificadas esperando, se supone, que el aumento de severidad dé lugar a un mayor efecto disuasorio, la doctrina no solamente debe ser capaz de argumentar que quizás tal aumento en la severidad de las penas no solamente pueda ser desproporcional, sino que además no producirá el efecto esperado, aquél que ha motivado la modificación penal en ese sentido, o que para que genere un determinado efecto disuasorio no es necesario aumentar la severidad sino otras variables, o en qué medida es necesario aumentar la severidad para conseguir el máximo efecto disuasorio posible, o si hay alternativas más efectivas y eficientes. Para la consecución de un Derecho penal orientado a las consecuencias no solamente debe estar informado empíricamente el legislador, sino también la dogmática penal y la doctrina. Así, suscribimos la opinión de BLALOCK cuando sostiene que la empresa es difícil y, además, no nos garantiza la verdad absoluta sobre nada. A ello hay que sumar que el grado de precisión en nuestro ámbito va a distar mucho del que puede alcanzarse en las ciencias físico-naturales. Pero ello no significa que no se puedan perfeccionar las teorías, la metodología y los datos. Ahora bien, todo ello teniendo en cuenta la línea divisoria entre aquello sobre lo que pueden aportar tales datos y aquello sobre lo que no. Entre aquello a lo que no pueden contribuir es a decidir entre lo que es bueno y malo, justo o injusto, quiénes son los que merecen algo y los que no. A las cuestiones a las que sí que podrían aportar los datos empíricos son aquellas que se

consecuencialismo es coherente con la afirmación general de que estamos motivados por incentivos, que todo el mundo acepta; la investigación nos ha dado indicaciones sobre qué incentivos son más eficaces, y los factores que aumentan y disminuyen su eficacia; y podemos, en muchos casos, tener una seguridad razonable, basada en evidencias históricas y experimentales, sobre qué políticas son comparativamente más eficaces que otras. En los casos en que la investigación no es clara, podemos mejorarla. Dadas las circunstancias, la criminología nos proporciona un método relativamente fiable para descubrir las consecuencias, y el consecuencialismo puede orientar la acción en lo que respecta a la disuasión general» (ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment. Deterrence, Retribution, and the Aims of the State*, Routledge, London and New York, 2021, p. 170).

formulan de forma condicional de la siguiente forma según el autor en cita: «si se desea tal y tal estado de cosas, entonces el medio siguiente parece el más eficiente para alcanzarlo»³²⁴.

En esta tesis doctoral partimos de la necesidad de acercarnos a la realidad para informar empíricamente debates en la dogmática penal como sería el relativo a la función de la pena, y también para contribuir a que el Derecho penal se acerque más a los fines que se propone, a dar, como acuña MIRÓ LLINARES, «un paso empírico». En este sentido, creemos que asiste razón a ALTMAN cuando explica que resulta extraño que la razón de muchos autores para abandonar el consecuencialismo y abrazar el retribucionismo sea precisamente que el método científico utilizado por la criminología y otras ciencias sociales y el conocimiento obtenido mediante el mismo tenga limitaciones. Sería, dice el autor, como admitir que en la medida en que como las personas no podemos llevar a cabo un cálculo utilitario con total precisión, el utilitarismo no es válido; o que los médicos del siglo XIX deberían haber vuelto a los «cuatro humores» porque no entendían del todo en aquél entonces la teoría y el funcionamiento de los gérmenes en las enfermedades³²⁵. En este sentido, para el autor, en el caso del castigo en particular, el hecho de que la criminología u otras ciencias sociales interesadas en esta institución sea todavía imprecisa o que haya algunos extremos sobre los que todavía es necesaria la investigación, no debe implicar abandonar directamente la investigación empírica a favor de la intuición moral. En este sentido, como explica con razón el autor, «la metodología consecuencialista está sujeta al escrutinio público, a la evaluación y al a mejora de una manera que la apelación de los retribucionistas a las intuiciones del “sentido común”», a lo que

³²⁴ BLALOCK, H., *Introducción... ob. cit.*

³²⁵ El humorismo es un sistema de comprensión de la composición y funcionamiento del cuerpo humano y que era utilizado por los antiguos médicos. Este sistema indicaba la composición y el funcionamiento del cuerpo del hombre según la interacción de cuatro humores básicos: flema, sangre, bilis negra y bilis amarilla.

añade que «esto no quiere decir que las intuiciones no deban desempeñar ningún papel en los argumentos filosóficos – deben hacerlo—. Pero la intuición debe utilizarse con moderación, y no deben exagerarse sus ventajas comparativas sobre la investigación científico-social»³²⁶.

Sin embargo, asumir lo anterior no significa adquirir un compromiso ciego y *naif* con las ciencias sociales que nos impida observar que acudir a ellas o basarse en las mismas puede ser realmente complicado por toda la problemática que con ellas se acompaña. Se trata más bien de, siendo conscientes de los límites del enfoque y de las propias ciencias sociales, mantener un objetivo normativo pragmático³²⁷ consistente en utilizar la evidencia empírica para mejorar la política pública, en este caso, la política penal, sin desmerecer la complejidad de la cuestión, ni tampoco sin que ello en modo alguno implique sustituir lo normativo³²⁸.

³²⁶ ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment...*, *ob. cit.*, p. 170.

³²⁷ Así, por ejemplo, SANDERSON defiende una posición pragmatista con respecto a la política basada en la evidencia desde el pragmatismo de DEWEY (SANDERSON, I., «Intelligent Policy Making for a Complex World: Pragmatism, Evidence and Learning», en *Political Studies*, vol. 57, 2009).

³²⁸ Como indica MIRÓ LLINARES, F., «Cientismo...», *ob. cit.*, p. 355: «Creo que no hace falta resolver el complejísimo debate filosófico sobre la unidad o la pluralidad de métodos científicos para reconocer lo absurdo que sería pretender reemplazar por completo el método dogmático por el método científico usado en las ciencias naturales y supuestamente perfeccionado en la física. Dejando también de lado las posibilidades de naturalización de la metafísica, la principal ontología de nuestra disciplina, las normas, convierte a la dogmática hermenéutica en una herramienta esencial para la labor que la dominada ciencia jurídica tiene que desempeñar [...] Que el Derecho pueda y deba servirse de la utilización de metodologías experimentales para comprender mejor al hombre y a la sociedad no sólo no supone reemplazar metodologías hermenéuticas de corte coherentista por un supuesto cientifismo naturalista basado en la más pura y simple observación de “lo real”, sino tratar de hacer más sólidos tanto los fundamentos axiológicos de nuestro sistema como la relación de las mismas con las bases de realidad de las que proceden y a las que se dirigen, sumando a la hermenéutica una metodología que nos permita reconocer y estructurar hechos».

4. RECAPITULACIÓN Y PRESUPUESTOS «FILOSÓFICOS» DE ESTA TESIS DOCTORAL

Si bien en los anteriores apartados se han ido tejiendo las alforjas de la investigación, en el presente punto procederemos a resumir los principales presupuestos filosóficos de los que partimos:

El Derecho penal orientado a fines

En la dogmática se asume mayoritariamente que el Derecho penal debe estar orientado a las consecuencias, orientado a fines. Uno de los fines legítimos que el Derecho penal debe perseguir es la motivación de la ciudadanía a cumplir con las normas³²⁹. Esto es, la ley penal debe configurarse para buscar y preservar, en la medida de lo posible, el orden social a través de la criminalización de las conductas consideradas socialmente disvaliosas. Como afirmaba SILVA SÁNCHEZ «lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado es la evitación o, mejor dicho, el mantenimiento de unos niveles razonables de los delitos y de las reacciones (informales) desencadenadas frente a aquéllos en el seno de la sociedad»³³⁰. Por ello, la justificación actual de la ley penal y con ella la de la pena, no puede renunciar a una parte preventiva del delito³³¹, y «debe hacerlo de la única manera que le es posible: adelantándose a la comisión de los

³²⁹ HÖRNLE, T., *Teorías...*, *ob. cit.*; DONINI, M., *El Derecho penal frente los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Perú, 2010; Mir Puig, La pena... pp. 43-45.

³³⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, *ob. cit.*, pp. 339-340.

³³¹ MIR PUIG, S., *Función de la pena...* *ob. cit.*, p. 40: «en el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y solo está legitimada para cumplir) una misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la *función de prevención* de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin *retribución*, la infracción del orden jurídico».

hechos delictivos mediante una actividad de prevención»³³². Asumir esta premisa tiene inmediatamente dos consecuencias: la primera es que, como advierte ALCÁCER GUIRAO, no cabe fundamentar y justificar la pena únicamente en la retribución y desvincular la misma de cualquier alcance utilitario. Y, la segunda, es que ese fundamento utilitarista exige la orientación de la norma y de la pena a una determinada eficacia preventiva, deviniendo de la misma su propia legitimidad instrumental, es decir, de «la exigencia de que la pena esté capacitada en la práctica para satisfacer los fines asignados»³³³.

La instrumentalidad de la sanción penal

En la medida en que se ha asumido la racionalidad instrumental del Derecho penal pero también de la sanción penal, como explican CID MOLINÉ y MORESO, la asunción de una justificación utilitarista de la pena implica que, en primer lugar, debe acudir al Derecho penal en la medida en que es la rama del

³³² ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 116.

³³³ ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines...», *ob. cit.*, p. 381. Del mismo modo, HAREL resalta esta misma idea exponiendo la importancia de la pena para los defensores de la retribución y para los consecuencialistas y que depende en gran medida del momento. Así, explica que mientras para los retribucionistas la pena adquiere su sentido e importancia en un momento *ex post*, los consecuencialistas entienden que en la medida en que la pena es un instrumento diseñado para proporcionar incentivos óptimos para el cumplimiento, la sanción que es relevante es la *ex ante*, es decir, el castigo esperado teniendo en cuenta la probabilidad de la detección. (HAREL, A., «Behavioral analysis of criminal law», en ZAMIR, E., Y TEICHMAN, D. (EDS.), *The Oxford Handbook of Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p. 572). Igualmente, MIRÓ LLINARES y CASTRO TOLEDO destacan que «La “legitimidad” de la política criminal, y pocos saben más de ello que Díez Ripollés, no depende sólo de la validez formal de las reglas punitivas; tampoco, y puede resultar paradójico, de la legitimidad en sentido estricto, material, en el sentido del consenso respecto a las medidas adoptadas; sino que debiera exigir también otra condición que configura la valoración: la eficacia, pues no hay racionalidad completa sin “racionalidad instrumental”, sin correspondencia entre el objetivo de la política criminal, el control del delito y la consecución del mismo» (MIRÓ LLINARES, F., y CASTRO TOLEDO, F. J., «Justicia procedimental, legitimidad sustantiva y medición de la política criminal: la legitimidad de (y en) RIMES», en Cerezo, A. I. (Dir.), *Política Criminal y Exclusión Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 184)

ordenamiento jurídico más idónea para alcanzar la máxima utilitarista. Asumir lo anterior, indican los autores, implica comprometerse también con tres principios: el primero, se refiere a la *efectividad*, es decir, las sanciones penales no pueden suponer un daño o violencia superior a la que se pretenda evitar con ellas. Esto implicaría analizar empíricamente la capacidad preventiva de la sanción, considerar la prevención general y especial, y también que no podrían castigarse comportamientos inevitables (i.e. aquellos realizados por personas sin capacidad de motivación). El segundo principio sería el de *evitar un «sacrificio inútil»*, en la medida en que debe evitarse el empleo del Derecho penal si existen otros medios que puedan alcanzar el mismo objetivo a un menor coste (i.e. Derecho civil, Derecho administrativo, etc.), y asimismo también implica la *imposición de la pena estrictamente necesaria*. Lo anterior, debe estar sometido, por tanto, a comprobación empírica ya que difícilmente puede adquirirse el conocimiento necesario para atender a tales principios si no es atendiendo a las evidencias empíricas procedentes, en su mayoría, de la criminología, la psicología social, entre otras³³⁴. Por último, el tercer principio, sería el de taxatividad y legalidad, fruto de los autores reformistas del siglo XVIII, esto es, del pensamiento penal ilustrado³³⁵.

La necesidad de acudir e incorporar las evidencias empíricas en los debates sobre la función de la pena

³³⁴ En realidad, esto es lo que se conoce en el ámbito anglosajón como el Análisis conductual del Derecho penal, y que HAREL lo define de la siguiente manera: «El análisis conductual del Derecho penal aprovecha las metodologías de las ciencias sociales (economía conductual, psicología e incluso sociología) para explorar los efectos de las normas del Derecho penal en los delincuentes, los jueces, los jurados y otros responsables de la toma de decisiones, para determinar el tipo y el tamaño óptimos de las sanciones penales, y para identificar el diseño óptimo del sistema de aplicación de la ley y las reglas de la prueba» (HAREL, A., «Behavioral...», *ob. cit.*, p. 572).

³³⁵ CID MOLINÉ, J., y MORESO, J. J., «Derecho Penal y Filosofía analítica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, pp. 161 y ss. Añaden que «un autor utilitarista deberá tomar en consideración la totalidad de estos principios a la hora de emitir un juicio sobre si la opción del legislador por castigar penalmente un comportamiento, así como la de los jueces cuando aplican tal ley, es la opción correcta» (p. 162).

Entendemos que adoptar un posicionamiento consecuencialista del Derecho penal y de la pena, así como asumir la razón instrumental de ésta última, implica necesariamente acudir a las ciencias sociales para materializar lo que CID MOLINÉ y MORESO denominaban el *principio de efectividad* y el *principio de evitación del sacrificio inútil*³³⁶. Esto es, si en todo o en parte defendemos en algún momento una función preventiva de la pena, no podemos dar por sentado las premisas fácticas sobre las que ésta se asienta. Al menos, a nuestro juicio, no resulta razonable. Del mismo modo, ello implicaría que entre los argumentos prevencionistas respecto de los análisis de tipos delictivos concretos, de nuevas criminalizaciones o de aumentos de la severidad de las sanciones deberían, en la medida de lo posible, introducirse argumentos con base empírica³³⁷. Así, CARDENAL MONTRAVETA con respecto a las teorías según las cuales la función de la pena es la de prevenir delitos plantea cuestiones de legitimidad y de 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

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Así, MELENDO PARDOS, M., CALLEJO GALLEGO, M. J., y LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Apuntes de...*, *ob. cit.*, p. 79: «se debe iniciar un proceso de diálogo científico multidisciplinar al que más allá de las citadas ciencias penales se unan otras, como la Sociología, la Antropología o la Psicología, cuyas aportaciones no solo deben circunscribirse a la Criminología, tal y como se presentan tradicionalmente, sino a la Dogmática y a la Política Criminal. Solo de este modo será posible enriquecer las soluciones aportadas desde los distintos campos e iniciar el camino de recuperación del prestigio y la influencia que han caracterizado a las mejores etapas de la historia del sistema penal; en tanto éxito tienen en la actualidad en el marco del modelo de la seguridad ciudadana»

(o disminuya) la probabilidad de imponer una determinada pena, su gravedad, o la celeridad con la que se impone³³⁸.

Y, tal y como afirma el autor, aunque se compruebe la eficacia de una determinada norma, es posible aun así negarle la legitimidad. No obstante, no resulta razonable la relación inversa, es decir, no parece tener sentido partir de que la pena se legitima a partir de su eficacia preventiva y, sin embargo, que existan evidencias empíricas que muestren que esa pena en concreto no tiene ningún tipo de eficacia o, por ejemplo, si tiene efectos contrarios a los esperados, esto es, efectos criminógenos.

Consecuencialismo crítico

En el Capítulo I se ha podido analizar la cuestión de la justificación de la pena por medio de una aproximación al debate de las distintas teorías, tanto con lo que respecta al debate clásico o tradicional como por lo que se refiere a los nuevos posicionamientos. De esa relación de posturas cabría resaltar dos cuestiones que resultan interesantes por paradójicas. La primera es la ya mencionada aceptación por parte de la dogmática de que el Derecho penal debe servir a fines y que la razón preventiva es lo bastante razonable como para legitimar, al menos parcialmente, la intervención e injerencia del Derecho penal. La segunda es con respecto al alegado renacimiento de las teorías retribucionistas o deontológicas. A nuestro juicio la paradoja se produce en ambas cuestiones por la omisión o no incorporación de las ciencias sociales en el debate de la justificación de la pena³³⁹. La primera resulta paradójica por

³³⁸ CARDENAL MONTRAVETA, S., «¿Eficacia...», *ob. cit.*, p. 2

³³⁹ Señala MIRÓ LLINARES con respecto a la función crítica de la dogmática y la doctrina con respecto a un legislador esencialmente reactivo que: «Frente a este legislador, caracterizado por el uso y casi abuso de la legislación como arma para la comunicación de la acción política, la dogmática penal ha mostrado sistemáticamente una encomiable actitud crítica, de freno de la irracionalidad legislativa. Pero, y no sólo por el hecho de no haber tenido excesivo éxito (siendo generosos), es necesario que pongamos en duda si la estrategia adoptada desde la doctrina ha sido la

cuanto se ha comentado en otro apartado que se dan por sentados determinados efectos de la norma en la realidad que son empíricamente contrastables y que, sin embargo, no se acude a las evidencias empíricas disponibles que vendrían a confirmar o no la hipótesis de partida³⁴⁰. La segunda resulta

mejor posible, en particular que revisemos cómo hemos abordado en general tal función crítica y también que nos planteemos si hemos explorado todas las opciones posibles para hacerlo. A mi parecer la estrategia crítica de la doctrina penal al legislador ha estado caracterizada, por un lado, por focalizarse en el resultado dado, la legislación aprobada, obviando generalmente el proceso legislativo en sí; y, por otro, por fundamentarse en la comparación, general y cruda, de tal objeto dado, con los principios del derecho penal, sin apenas apoyar tal valoración en otras herramientas ajenas a la dogmática y desatendiendo la medición de las consecuencias y efectos de la legislación» (MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la evaluación legislativa penal y a sus exigencias metodológicas», en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S. B., GUINARTE CABADA, G., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F (COORDS.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 932).

³⁴⁰ Si bien, una posible explicación de ello es qué debe entenderse por consecuencia y orientación a las consecuencias. Así, como pone de relieve ORTIZ DE URBINA GIMENO, cuando la dogmática habla de consecuencias se suele más bien referir a las garantías que a las consecuencias empíricamente contrastables. Concretamente explica y critica que: «la incapacidad de la doctrina alemana para apreciar esta distinción tiene sin duda que ver con su secular aversión a todo lo que tenga que ver, aun de manera vaga, con la racionalidad instrumental y el consecuencialismo. Hace unos años se preguntaba Klug por qué “antes como ahora, cada vez que se habla de utilidad, de objetivos o de felicidad humana, se asocian ideas de utilidad material, objetivos subalternos o de una felicidad barata”. Exactamente lo mismo podría decirse del término “consecuencia”. La cuestión nos queda cercana a los penalistas: el lector sólo ha de pensar en aquellas ocasiones en las que se pretende descalificar la actual política criminal positiva hablando de un “derecho penal meramente orientado a las consecuencias”. Lo que se quiere decir es que ese derecho penal (en realidad: esa política criminal) prescinde de garantías, o que no les otorga suficiente importancia. Sin embargo, conceptualmente y al margen de los usos lingüísticos que le sean más gratos a la actual comunidad de penalistas académicos, una política criminal que tuviera como preocupación fundamental la salvaguarda de las garantías también estaría “orientada a las consecuencias”, entendiéndose aquí por “consecuencia” el respeto de las garantías. Al utilizar la expresión “derecho penal meramente orientado a las consecuencias” se pretende contraponer las “consecuencias” al respecto de las garantías, pero esta

también paradójica ya no tanto por la ceguera deliberada con respecto al papel de las ciencias sociales en Derecho penal, sino porque da la sensación de que ese renacimiento del retribucionismo o recuperación de determinadas ideas deontológicas se debe posiblemente al descrédito de las ideas preventivas en particular y del consecuencialismo en general³⁴¹. Al fin y al cabo, uno de los grandes malestares de la dogmática actual y, por supuesto, de nuestra política criminal, es precisamente el proceso de expansión del Derecho penal que se ha venido sufriendo desde los años 60 aproximadamente³⁴². Dentro de este proceso de expansión relatado de manera maestra en España por SILVA SÁNCHEZ³⁴³, pero también y con respecto a la deriva de la política criminal por DÍEZ RIPOLLÉS³⁴⁴, siguiendo los indicadores analizados y puestos de relieve previamente por GARLAND³⁴⁵ se pone de manifiesto un aumento constatable de la intervención punitiva, de una política criminal mucho más severa que la que los expertos entienden que debe ser la correcta, tanto desde un punto de vista normativo como empírico. Lo cierto es que, hoy no cabe negar que ha habido una

distinción está por completo ayuna de apoyo conceptual, ya que “consecuencia” de una apolítica criminal es tanto el respeto de una garantía como su lesión. Evidentemente, se pretende establecer una definición emotiva (de carácter negativo) del término “consecuencia”, apoyada en el uso del adverbio “meramente”... Mal pintan las cosas para el “derecho penal orientado a las consecuencias”, cuando sus partidarios resultan tener una relación antagónica con ello conforme a lo que dicen orientarse» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico...», *ob. cit.*, p. 66).

³⁴¹ Una sensación similar relata ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment...*, *ob. cit.*, p. 170. Precisamente VON HIRSCH introduce la necesidad de su obra sobre la censura y la proporcionalidad de las penas atendiendo a los excesos punitivos acaecidos en los años 80-90 (años de las leyes de *law and order*) y que no dejan de basarse en algún sentido en premisas utilitaristas (VON HIRSCH, A., *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, Oxford, 2003).

³⁴² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª Edición), Edisofer, 2001.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y Derecho Penal -Estudios-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

³⁴⁵ GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, 2005.

expansión del Derecho penal, que cada vez se han aumentado más las penas de delitos ya existentes y que se han exacerbado las penas en nuestro ordenamiento jurídico hasta alcanzar penas como la prisión permanente revisable³⁴⁶, del mismo modo que también han aumentado las criminalizaciones de conductas. Más allá del diagnóstico, de encontrar las causas de esta expansión, lo cierto es que hay un malestar evidente y compartido por la dogmática ante un Derecho penal que se ha catalogado incluso de insostenible³⁴⁷ y una política criminal punitiva e irracional³⁴⁸, con un legislador que es reactivo y lleva a cabo modificaciones del Código Penal de gran calado, en no pocas ocasiones para responder a alarmas sociales y, así, comunicar un cambio político frente a una sociedad que demanda una tutela penal más extensa de lo que un Derecho penal clásico o liberal demandaría³⁴⁹. Y en no pocas ocasiones se argumentan cambios legislativos (o al menos parece que es lo que está detrás de determinadas criminalizaciones y aumentos de la severidad de las penas) sobre la base de una prevención general³⁵⁰ negativa o disuasión³⁵¹. Y si ello no se explicita de

³⁴⁶ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y FALCES DELGADO, C., «Los efectos...», *ob. cit.*

³⁴⁷ VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.

³⁴⁸ MUSCO, E., «La irracionalidad en el Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-r1, 2014; VARONA GÓMEZ, D., «Derecho penal democrático y participación ciudadana», en *Indret*, núm. 2, 2018.

³⁴⁹ MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación...», *ob. cit.*

³⁵⁰ Así, por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 con respecto a la introducción de la duración mínima de la pena de prisión: «la duración mínima de la pena de prisión pasa de seis meses a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia».

³⁵¹ TOMLINSON, K. D., «An examination of deterrence theory: Where do we stand», en *Fed. Probation*, 2016. Sin embargo, como han puesto de manifiesto algunos autores, detrás de estos argumentos preventivistas o disuasorios en realidad hay otro tipo de razones. En este sentido, KAHAN se cuestiona por qué se lleva a cabo un discurso de la prevención y de la disuasión por parte de los políticos, pero también de la ciudadanía. El autor

forma clara en las exposiciones de motivos de las leyes orgánicas correspondientes, sí que es más habitual encontrar declaraciones públicas de partidos políticos que, aprovechando un malestar social ocasionado por, bien sea crímenes específicos de especial trascendencia mediática por su gravedad o, por ejemplo, supuestas oleadas de otro tipo de delincuencia³⁵², utilizan su voz pública para comunicar a la ciudadanía su disposición a realizar cambios en el Código Penal y en cuantas leyes sea necesario para que este tipo de crímenes o delitos no sucedan³⁵³. Al final, la idea es la de la prevención general negativa (el mensaje no deja de ser: la pena es lo suficientemente alta y si no lo es, se puede incrementar más, para que al potencial infractor le resulte demasiado costoso realizar el delito, o si se permite el coloquialismo, «se lo piense dos veces») y también el de la inocuización (si las personas que realizan este tipo de delitos se encuentran en la cárcel durante largas temporadas ya no tendrán la capacidad de realizar este tipo de delitos). A estas alturas, es innegable el papel de los partidos políticos en esta deriva, tan criticada por la dogmática penal y la doctrina, toda vez que se van publicando las leyes orgánicas que modifican el

llega a la conclusión de que, aunque la ciudadanía puede verse en algún momento atraída por las premisas disuasorias, la auténtica razón por la que el discurso disuasorio está tan presente en el debate público es porque la gente en realidad no quiere decir lo que realmente piensa acerca de cuestiones controvertidas. Así, explica el autor que «sus posturas sobre el control de armas, la pena de muerte, los delitos de odio y otros temas similares reflejan sus lealtades en la incesante batalla por el estatus entre grupos sociales enfrentados o entre estilos culturales más laxos. El lenguaje natural para señalar esas lealtades es la condena expresiva, que está erizada de indignación y repugnancia. El lenguaje consecuencialista de la disuasión es mucho menos apasionado y conflictivo. Evitar el conflicto de estatus iliberal es la ambición secreta de la disuasión» (KAHAN, D., «The Secret Ambition of Deterrence», en *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, pp. 497-498)

³⁵² Véase el análisis detallado llevado a cabo por POZUELO, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013; CASTAÑO TIERNO, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

³⁵³ En Estados Unidos, por ejemplo, a este tipo de leyes y políticas se las conoce por el término utilizado por los políticos, leyes de ley y orden (*law and order*).

Código Penal. Al respecto, no resulta extraño, por tanto, la actitud de desconfianza de los expertos en Derecho penal en el poder político y su papel con lo que respecta a esta rama del ordenamiento jurídico. Si los juristas que se dedican al Derecho penal ya recelan la intervención penal en sí (pues se han formado y han trabajado durante sus vidas académicas por un Derecho penal que se aproxime a los ideales liberales y, por tanto, siempre hay una desconfianza de partida en la intervención penal al ser concebida como la intromisión del Estado en los derechos fundamentales del ciudadano³⁵⁴), todavía más críticos y escépticos son con el Derecho penal actual y la forma en la que la política criminal se lleva a cabo. En este sentido, advierte DONINI esa relación de desconfianza entre la dogmática y el legislador al que se le acusa de irracional, impulsivo, emocional y cuyos métodos o formas de proceder «condicionan el método del estudioso del Derecho y comprometen, desde su origen, su relación fisiológica y positiva con la política, excepto en los casos en los que la ley ha recibido las sugerencias de los estudiosos»³⁵⁵. A nuestro juicio, pues,

³⁵⁴ De hecho, este es un rasgo que se suele explicitar como uno de los indicadores del cambio de paradigma con respecto al Derecho penal y política criminal actual. A saber, la ciudadanía ya no recela el poder de castigar del Estado (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y...*, *ob. cit.*).

³⁵⁵ Especialmente interesante es el análisis de este autor con respecto a las razones históricas y filosóficas que se encuentran detrás de esta autonomía científica que en este trabajo se ha catalogado como aislacionismo. Entre ellas, destaca el autor, por un lado, «la exigencia científica de una distinción entre dogmática y política criminal, que reenvía al postulado de la separación de poderes»; «el convencimiento de que exista o prevalezca una descriptividad/neutralidad valorativa del saber científico (Weber, Kelsen), de ahí que algunos se hayan lanzado a la búsqueda de una solución con base en la perfectibilidad del *drafting* legislativo, en la forma en la que se escriben las leyes; es una corriente que insiste mucho en el derecho como norma abstracta (taxatividad, reserva de ley, prohibición de la analogía, etc.) y que infravalora al intérprete, además de subrayar las típicas y, ciertamente evidentes, razones de garantía»; «la versión más extendida, al menos en Italia, ha impuesto la necesidad de la 'autonomía del método jurídico' lo que ha conferido durante mucho tiempo al penalista de orgullo de poseer un 'método' autónomo, un *know how* cualificante e irrenunciable»; «la idea de que sobre la verdad y sobre los principios no se decide por mayoría

detrás de algunas propuestas de volver a elementos eminentemente deontológicos en las teorías sobre la función de la pena podrían tener que ver precisamente con la necesidad de esa función crítica y de contención de la dogmática que siempre ha acarreado el noble peso de velar por un Derecho penal «correcto» y propio de un Estado social y democrático de Derecho, esto es, lo menos punitivo posible. Sin embargo, también a nuestro juicio, la denostada popularidad³⁵⁶ de la

(Dworkin, Ferrajoli); o que las normas-‘principio’ son objeto de una ciencia superior, de un ‘super derecho penal’ antepuesto al legislador histórico que tiene que ‘deducir las leyes de esta fuente de razón»; «la conciencia de que el derecho penal tiene un carácter no democrático, autoritario e ‘intolerante’ por definición»; «como consecuencia de todo lo que se ha dicho (en el punto e) surge una corriente que defiende al derecho penal de la instrumentalización de una política irracional o de parte, basada en el consenso o en el poder del consenso, en necesidades emocionales de la colectividad, pero que no se basa en la razón, ya sea ésta una racionalidad de fines o valores». (DONINI, M., «La relación entre...», *ob. cit.*, pp. 69-70).

³⁵⁶ Cualquier idea consecuencialista es de por sí impopular puesto que acarrea consigo determinadas consignas como la de utilizar al hombre como un medio y no como un fin en sí mismo. Posiblemente, esa denostada popularidad de esta línea de pensamiento y teorías se deba precisamente, con respecto a lo que la prevención general negativa se refiere, a que se preste más atención y preocupación a las cuestiones valorativas que a las empíricas. Como explicaba ANDANAES ya en 1975: «Gran parte del debate sobre la cuestión de la prevención general ha sido de naturaleza emocional y no ha separado las cuestiones empíricas de las cuestiones de valor. Una línea de investigación se refiere a si la amenaza de castigo funciona o no, por ejemplo, si un cambio en el riesgo de detección o en la severidad de la sanción supondrá una diferencia en la tasa de criminalidad y, en caso afirmativo, cuánta diferencia. Otra línea de investigación se refiere a si es éticamente defendible o políticamente aceptable hacer uso del mecanismo de amenaza y castigo y en qué medida. Puede haber buenas razones para ser emocional en algunas cuestiones políticas, por ejemplo, las que implican la pena capital, el castigo corporal o la severidad de la sanción. Algunos tipos de sanciones serán rechazadas en una Sociedad civilizada independientemente de su eficacia. Pero en la medida en que se considere relevante el efecto disuasorio sobre la delincuencia, debería intentarse echar un vistazo objetivo y desapasionado a las evidencias disponibles antes de tomar partido en las cuestiones políticas. Con demasiada frecuencia, el enfoque ha sido el contrario: la gente ha dejado que su opinión sobre las cuestiones empíricas se vea fuertemente influida por sus preferencias políticas» (ANDANAES, J.,

perspectiva de la capacidad preventiva o directiva de la conducta de la pena y la elaboración de la norma con miras a esa función preventiva (para lo cual es necesario atender a las evidencias empíricas, analizar los efectos y las consecuencias) y no como reacción retributiva (o expresión de una censura) por el injusto pasado no se encontraría justificada. Por un lado, porque la prevención, como se verá en el *Capítulo V*, se puede lograr por medios distintos a la disuasión intimidatoria o coactiva. Por otro, porque renunciar a la prevención como justificación en favor de justificaciones deontológicas como una forma de contener la expansión punitiva es, a nuestro juicio, algo precipitado³⁵⁷. Que el legislador se empeñe en utilizar esta estrategia disuasoria y que esa idea, simple pero en cierta manera intuitiva³⁵⁸, de que aumentar el coste (la pena) del delito provocará que los potenciales delincuentes se abstengan de realizarlo y que está presente no solo en la estrategia del



«General Prevention Revisited: Research and Policy Implications», vol. 66, núm. 3, en *J. Crim. L. & Criminology*, 1975, p. 339).

³⁵⁷ Igualmente ALTMAN: «El giro hacia la retribución, justo cuando la criminología se dio cuenta de sus deficiencias y se propuso mejorar su metodología, refleja una tendencia más general entre los filósofos a vigilar sus propios límites disciplinarios. Según Hallvard Lillehammer, el “paradigma institucional” de la filosofía incluye la “negative frecuentemente coercitiva a permitir que la investigación filosófica sea empíricamente tratable”. Sin embargo, dice que deberíamos “sospechar de la tendencia de este paradigma institucional a postular verdades que son “básicas”, “últimas” o “fundamentales” justo en el momento en el que las cosas empiezan a parecer interesantes o problemáticas desde el punto de vista de aquellos a los que en la profesión nos referimos pretenciosamente como “no filósofos”. La idea de que la criminología, debido a sus limitaciones, no debería tener nada que decir a la hora de determinar las políticas de castigo moral y legalmente adecuadas es excesivamente despectiva. El recurso a verdades “obvias” como el merecimiento y la proporcionalidad, a menudo afirmadas como afirmaciones intuitivas, básicas o de sentido común, no es un progreso filosófico» (ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment...*, *ob. cit.*, p. 181).

³⁵⁸ ALVIRA MARTÍN, F., «El efecto disuador de la pena», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VII. Cursos e Congresos nº 32. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1984.

legislador sino también en el imaginario colectivo³⁵⁹ y de la dogmática³⁶⁰, no debe conllevar automáticamente a la propuesta de tesis o teorías del castigo de tinte retribucionista como única solución a la deriva punitiva de la política criminal.

Las ideas retributivas o deontológicas no son el único medio para alcanzar una determinada proporcionalidad y racionalidad en el Derecho penal. Dicho de otro modo, podríamos decir que hay un sesgo cognitivo de la prevención, que hace que asociemos norma penal con prevención, en concreto, negativa, y que esto se produce o se debería producir en todo caso y con independencia de todos los demás

³⁵⁹ KLECK y colaboradores parecen deslizar que una de las posibles razones por las que la prevención general negativa o las ideas más intuitivas de la misma sean asumidas fácilmente es que sus premisas permiten mantener debates menos pasionales acerca de la pena, tienen una mayor apariencia de racionalidad: «En sociedades culturalmente diversas en las que el consenso sobre cuestiones morales dista mucho de ser total, muchos defensores prefieren justificar el castigo como un medio racional para lograr el fin de reducir la delincuencia. Como ha afirmado un académico, los argumentos basados en la disuasión para las políticas de control de la delincuencia permiten a los defensores evitar enfrentamientos apasionados e ilógicos sobre conflictos culturales irresolubles, proporcionando justificaciones basadas en las consecuencias prácticas previstas de las políticas» (KLECK, G., SEVER, B., LI, S., y GERTZ, M., «The missing link in general deterrence research», en *Criminology*, vol. 43, 2005, p. 625).

³⁶⁰ En palabras de GRECO «la herencia del mundo intelectual de Feuerbach de alguna manera sigue viva tanto en el ámbito anglosajón, donde surgieron reformulaciones orientadas a la ciencia económica, sobre todo en el marco del llamado análisis económico del Derecho y del Derecho penal y donde las llamadas posturas “neoclásicas” otorgan a la intimidación un rol prominente, como en Italia con la monumental obra de Ferrajoli, quien relaciona los fines de prevención y de intimidación del Derecho penal no sólo con impedir hechos punibles sino también con impedir la venganza privada, y también en España, en el marco de una extendida opinión que sostiene una teoría de la intimidación en parte también inspirada en la psicología profunda y que tradicionalmente ven en la “función de motivación” de la norma penal un concepto central del Derecho penal y de la dogmática penal». Cita así GRECO a grandes penalistas como GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ, entre otros, si bien con diferencias y matices entre unos y otros autores (GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015).

condicionantes. Esta idea está presente tanto en el legislador como en la dogmática, así como en el imaginario colectivo. Pero difícilmente se va a poder romper esa asociación entre amenaza y cumplimiento y de comprender que una norma penal no siempre va a conducir a una prevención por medio de la amenaza legal (o al menos que no funciona como directamente enuncian determinadas teorías de la pena), sino que incluso puede empeorar la situación si no empezamos a tomarnos las evidencias empíricas en serio. Y, tal y como se ha indicado más arriba, estamos completamente de acuerdo con ORTIZ DE URBINA GIMENO cuando el autor señalaba que, precisamente por no atender a las ciencias sociales en materia de la pena y sus efectos, se le está concediendo un cheque en blanco al legislador³⁶¹ que tiene un marco teórico que sustenta sus decisiones sin que muchos expertos en Derecho penal puedan criticarle, si se permite el coloquialismo, «con los datos en la mano». No se trata solo de prevenir, sino de buscar la mejor forma de hacerlo. Y aquí, la toma en consideración de las consecuencias y de los efectos de la norma y de la pena son, a nuestro juicio, cruciales porque de lo contrario, si seguimos sosteniendo que la función de la norma en su enunciación es la de intimidar a la ciudadanía y que hay una relación entre esa intimidación y el cumplimiento de las normas, pero esto no se comprueba empíricamente, tenderemos (como creemos que pasa) a desilusionarnos con las posibilidades preventivas del castigo. En palabras de ALTMAN:

Los consecuencialistas no solo deben hacer afirmaciones generales y conceptuales sobre la motivación de las personas por los incentivos, sino que deben hablar sobre qué incentivos disuaden la delincuencia, en qué medida, y si los costes de infligir castigos específicos a clases concretas de delincuentes merecen la pena. Si no hay datos empíricos fiables en los que basar las políticas de justicia penal y las penas legales para delitos específicos, entonces debemos recurrir a tora teoría en busca de orientación³⁶².

³⁶¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo...», *ob. cit.*

³⁶² ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment...*, *ob. cit.*

Para la consecución del control y la prevención del delito la sociedad dispone de diversos mecanismos e instrumentos: los que se denominan medios de control social informal³⁶³, y cuando éstos fallan, los medios de control formal³⁶⁴. Entre estos últimos, por supuesto, se encuentra el uso del Derecho penal y, por tanto, de la criminalización de conductas y de la amenaza del castigo por parte del legislador. De hecho, de conformidad con las evidencias empíricas se puede argumentar que el Derecho penal sí previene, si bien no siempre va a ser de la forma en la que automáticamente pensamos (prevención general negativa), sino posiblemente a través de otros mecanismos como la interiorización de las normas y las intuiciones de justicia³⁶⁵. Pero la cuestión clave es, a nuestro juicio, la necesidad de acceder al conocimiento científico en materia del castigo y sus efectos con dos propósitos claros: por un lado, para que el castigo y el Derecho penal realmente sirvan mejor a su propósito preventivo y, por otro, para que la dogmática y la doctrina tengan los conocimientos necesarios para ejercer una crítica plena y con fundamento empírico a la intervención penal. A este último propósito es a lo que hemos denominado el consecuencialismo crítico.

Éste último término no supone ninguna reconceptualización de alguna corriente del consecuencialismo, ni tampoco implica la defensa de alguna teoría de la pena en concreto, ni mucho menos es una propuesta de una teoría de la pena. Lo que sí que implica el término es la puesta de relieve de

³⁶³ Se trata de instituciones como la familia, los iguales, el trabajo, las instituciones educativas, las instituciones sociales, etc. (WEISBURD, D., FARRINGTON, D. P., y GILL, C., «What Works in Crime Prevention and Rehabilitation», en *Criminology & Public Policy*, vol. 16, núm. 2, 2017). Todos estos medios de control social informal son de máxima relevancia puesto que son aquellos que van a moldear y regular la conducta de cada miembro de la sociedad hacia el cumplimiento de las normas (VEGA FERNÁNDEZ, E. V., «El control y la prevención del delito como objeto de la criminología», en *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 75, 2017)

³⁶⁴ Estos medios están relacionados con los agentes formales del sistema de justicia penal (véase una descripción en MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Capítulo 1...», *ob. cit.*

³⁶⁵ ROBINSON, P. H., «¿Una tregua...», *ob. cit.*

la necesidad de adoptar un enfoque consecuencialista de la pena en el que se tengan en cuenta «realmente» las consecuencias de la intervención penal, en concreto, de la pena y sus efectos y todo ello, medido empíricamente. Conocimiento que, por otro lado, puede ser empleado tanto *ex ante* como *ex post*. En este sentido, se añade el adverbio «realmente» porque da la sensación (un tanto contradictoria) de que en la dogmática se entiende o se explicita expresamente que «lo empírico» es relevante para el Derecho penal y para la dogmática³⁶⁶. Sin embargo, pese a que lo anterior se asume, la dogmática sigue especialmente anclada en lo normativo y cuando se refiere a lo empírico obvia lo que se conoce empíricamente y lo que otras ciencias sociales con las mejores metodologías empíricas y diseños de investigación disponibles han aportado sobre el comportamiento humano, desaprovechando, por tanto, todo ese conocimiento³⁶⁷.

³⁶⁶ Así, entiende SILVA SÁNCHEZ con respecto a las ciencias experimentales que «son asimismo extremadamente importantes. La relevancia de lo empírico (en un sentido más bien amplio, es decir, comprensivo de las ciencias del comportamiento y de las ciencias sociales) ha sido sostenida siempre por una corriente de la doctrina. Piénsese, en particular, en las aportaciones de autores frankfurtianos como Haffke, Lüderssen o Prittwitz. Tras unos años de decadencia, mi impresión es que esta perspectiva vuelve a estar en alza tanto en el continente como en el ámbito anglosajón. En España, la más relevante es la línea abierta en estos últimos años por Miró Llinares. Pero él mismo alude a que, entre otros, sobre todo Díez Ripollés y Molina Fernández han apuntado el camino que sigue» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», en *Indret*, núm. 4, 2019, p. 11, nota 63).

³⁶⁷ Como explica DOMÉNECH aplicado a los diseños experimentales y su utilidad para la ciencia jurídica, cabe resaltar al menos tres tipos de experimentos que pueden ser de gran utilidad (nótese que en el presente trabajo se ha defendido el empleo del conocimiento empírico teniendo en cuenta el objeto de investigación y las preguntas de investigación y, aunque los diseños experimentales son sin duda los diseños más robustos para mostrar una relación de causalidad, también lo es que otros diseños pueden ser igualmente interesantes dependiendo de cuál sea la pregunta de investigación o el conocimiento que deseemos obtener sobre una determinada cuestión). Concretamente el autor enumera los siguientes tres tipos: «en primer lugar, de los que estudian aspectos de la conducta humana no específicamente relacionados con el Derecho, pero que son útiles para comprender, explicar y predecir las interacciones trabadas en entre aquella y

Por lo que se refiere al adjetivo de «crítico», éste no hace referencia a ninguna corriente de la criminología crítica o

éste, por lo que tienen un indudable interés para la ciencia jurídica, al margen de que también puedan tenerlo para otras disciplinas, como la economía, la medicina, la arquitectura, etc. [...] Los hallazgos de Kahneman, Tversky, Thaler y otros muchos han desencadenado una considerable revolución en varias disciplinas científicas, entre las que se encuentra la nuestra. Gracias a ellos, podemos comprender, explicar y predecir más exactamente que antes cómo reacciona la gente frente a los fenómenos jurídicos, y diseñar normas que satisfagan mejor nuestras necesidades»; en segundo lugar, el autor se refiere a los experimentos diseñados específica y directamente para hacer inferencias causales entre determinadas realidades sociales y jurídicas. No obstante, tal y como DOMÉNECH expresa «el problema es que la mayoría de los juristas -al menos, en Europa- carece de la formación necesaria para diseñarlos, ejecutarlos y evaluar sus resultados con el rigor científico requerido. De hecho, hasta la fecha, casi todos los ensayos de este tipo han sido realizados por académicos procedentes de otras disciplinas, por lo general, economistas y, en menor medida, sociólogos». Si bien coincidimos plenamente con la crítica de DOMÉNECH a este respecto, no es menos cierto que en España cada vez (aunque de manera incipiente) se están recibiendo estas metodologías para analizar la relación entre esas realidades sociales y las realidades jurídicas (i.e., véase GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «Do or do not, there is no “try”: An exploratory quasi-experimental study of intuitions of justice applied to attempt and completion of the crime of homicide», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 17, 2019; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y FALCES DELGADO, C. E., «Los efectos ...», *ob. cit.*; VALIENTE-IVÁNEZ, V., «El cruce de caminos...», *ob. cit.*). En tercer lugar estarían, para este autor, «la utilidad que los experimentos mentales pueden reportar a la teoría del Derecho [...] En el marco de una concepción pragmática e instrumental del Derecho, hay que considerar especialmente útiles aquellos experimentos mentales -como los propuestos por Ihering en los que uno se interroga por las consecuencias esperables de tales o cuales cambios en el mundo de las regulaciones jurídicas [...] Los experimentos mentales tienen la gran ventaja de que el coste de realizarlos es muy bajo. Pero también el inconveniente de que las conclusiones que pueden extraerse de ellos no han sido testadas empíricamente y, por lo tanto, no son tan fiables como las de un genuino experimento. Lo cual no significa que carezcan de todo valor. Si el ensayo está correctamente construido y plantea las preguntas oportunas, a su través puede alumbrarse valiosa información procedente de teorías y experiencias previas. Cuanto más sólidas sean esas teorías, cuanto más corroboradas por la información disponible se encuentren, más plausibles serán las conclusiones que de ellas podamos derivar». Véase DOMÉNECH PASCUAL, G., «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014.

marxista, sino que con él nos referimos a una actitud crítica (pero informada empíricamente) con respecto a la pena. Se trata de utilizar y aprovechar el potencial de las evidencias empíricas para criticar y analizar los efectos de la misma, para poder indicarle al legislador que la intervención que se propone no es adecuada porque no sirve a los fines que dice servir. Pero también es posible emplear el estudio científico de los efectos de la pena para aproximarnos a la idea de la «pena estrictamente necesaria». Del mismo modo, también es posible sobre la base de estas evidencias empíricas tener un apoyo para argumentar el principio de intervención mínima, en tanto en cuanto, es posible comprobar empíricamente qué tipo de sanción es la necesaria para motivar el cumplimiento o para generar deferencia hacia la norma de que se trate³⁶⁸. Se trata también de afrontar el debate de la función de la pena³⁶⁹ de tal forma que éste pueda servir de guía a la política criminal, y de mantener una actitud científica y, por tanto, crítica con el poder del Estado de castigar. Se trataría, a nuestro juicio, de incorporar al debate dogmático sobre la pena una, en palabras de KAISER, «*actitud empírica* que no signifique otra cosa sino el trabajar antes con hechos que con opiniones y, ante todo, la disposición a doblegarse a la fuerza de los hechos, incluso en el caso de que se opongan a las propias expectativas y deseos del investigador. Esta actitud parte del principio de que es mejor quedarse sin respuesta antes que admitir una inadecuada»³⁷⁰. Ahora bien, asumir y partir de lo anterior no debería interpretarse como una forma o intento por parte de esta investigación de sostener o

³⁶⁸ ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment...*, *ob. cit.*

³⁶⁹ Así, también como explica ALTMAN, también se pueden aprovechar las evidencias empíricas para conseguir determinados consensos: «La cuestión no es qué es lo correcto de forma incondicional y ahistórica, sino cómo podemos avanzar en la mejora de nuestro propio e imperfecto Sistema de delitos y castigos. La criminología no da una respuesta definitiva a todas las preguntas, pero puede orientar el debate sobre la reforma de la justicia penal de forma productiva [...] Apelar a los hechos descubiertos por las ciencias sociales, nos ayuda a construir un consenso en lugar de reforzar una división política basada en diferentes valoraciones de los merecimientos» (ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment...*, *ob. cit.*, p. 170)

³⁷⁰ KAISER, G., *Introducción a la Criminología* (Traducción de José Belloch Zimmermann), Espasa- Calpe, Madrid, 1983, p. 21,

proponer un desmantelamiento de la reflexión y formulación normativa, ni de sustituir los juicios de valor o la racionalidad valorativa³⁷¹ por lo empírico, ni tampoco se trata una derivación del deber ser a partir del ser. Se trata únicamente de poner en relieve la necesidad de adoptar un enfoque más empírico que el sostenido hasta ahora en la dogmática sobre la pena y sus efectos, con el doble propósito de contribuir a que el Derecho penal cumpla o se oriente correctamente a sus fines preventivos y de disponer del conocimiento empírico como herramienta frente a un, por lo general, legislador reactivo y desinformado empíricamente³⁷². Se trata, en definitiva, de no solo reconocer la importancia de la racionalidad (o justificación) instrumental de la toma de decisiones en materia de la pena, sino de materializar esa importancia por medio de la incorporación efectiva de evidencias empíricas en el debate, o incluso de la generación de nuestras propias evidencias empíricas, esto es, con la realización de estudios empíricos desde la propia dogmática o doctrina.

Es posible que lo expuesto hasta aquí suscite inmediatamente la pregunta, clásica en nuestro ámbito, de si para este para este viaje hacían falta estas alforjas. Al fin y al cabo, en este trabajo no se propone una teoría de la pena, ni tampoco se redefine o se proponen nuevos conceptos que supongan algo nuevo en este campo. Más bien al contrario: se ponen de relieve determinadas asunciones tradicionales y aparentemente asumidas en la dogmática (i.e. Derecho penal orientado a fines, consecuencialismo, función motivadora de la pena) y se señala la contradicción de que, a pesar de ello, las evidencias empíricas, salvo excepciones, brillen por su ausencia en el debate sobre la función de la pena y se indica que, a nuestro juicio, la incorporación de éstas enriquecería mucho al debate y también situaría a la doctrina en una mejor posición (incluso epistémica) para ejercer una función crítica frente a determinados excesos punitivos del legislador y, de esta forma, también este debate podría ser empleado como guía de la

³⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de...», *ob. cit.*

³⁷² Así, algunos ejemplos en BENITO, D., *Evidencia empírica...*, *ob. cit.*; RANDO-CASERMEIRO, P., «Disuasión y piratería», en *Indret*, núm. 3, 2019.

política criminal³⁷³. Sin embargo, entendemos que poner de relieve las ideas anteriores sigue siendo todavía necesario,

³⁷³ Así, se trataría de intentar mitigar una posición de la dogmática en la que, tal y como han advertido algunos autores de la doctrina, se ha situado durante mucho tiempo. En este sentido, TAMARIT SUMALLA con respecto a la forma en la que actualmente se lleva a cabo la política criminal (real) señala que la dogmática precisamente no ha contribuido a mitigar la situación. Señala específicamente que «a modo de saludable ejercicio autocrítico, debe también reconocerse la contribución que ha prestado a esta situación la doctrina penal, encerrada con demasiada frecuencia en un discurso dogmático alejado de la realidad y que suele prescindir de análisis empíricamente fundados. En la agenda del debate doctrinal siguen ocupando un espacio muy significativo discusiones como la relativa a los fines de la pena, en la que abundan las tomas de posición emitidas desde una preocupación casi exclusiva por la coherencia teórica de los conceptos abstractos, con poca atención a los resultados de las investigaciones acerca del efecto preventivo-general real de la pena, de la capacidad efectiva de un tratamiento resocializador a través de penas privativas o no privativas de libertad o de los intereses y experiencias de las víctimas de delitos» (TAMARIT SUMALLA, J. M., «Política criminal con bases empíricas en España», en *Política Criminal*, núm. 3, 2007, p. 7). Del mismo modo, también MIRÓ LLINARES recalca que ante un legislador irracional que abusa del uso del Derecho penal la dogmática penal siempre ha mostrado una encomiable actitud crítica, pero cuestiona la estrategia adoptada y que ha consistido en no considerar las evidencias sobre las consecuencias de las normas penales (MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación...», *ob. cit.*, p. 932). Asimismo, encontramos de nuevo esta idea en el último autor cuando en una reseña al profesor SILVA SÁNCHEZ sobre su obra *Malum passionis*, obra en la que además de la propuesta de una teoría de la pena se muestra una preocupación por la tendencia populista y punitiva del Derecho penal, y se apuesta por la labor dogmática como única forma de enderezar un Derecho penal como el actual para conducirlo a un Derecho penal «correcto». Frente a ello, resalta MIRÓ LLINARES y, a los efectos que aquí nos interesa, que: «si bien no creo que esto trate de encontrar a los culpables de la deriva de las últimas décadas, todo parece indicar que la etiología lleva al reparto entre todos los agentes, la sociedad, la clase política, e incluso la dogmática, aunque aquél no debiera ser equitativo. Al fin y al cabo, los dogmáticos del Derecho penal tendremos que ver con lo que ha pasado, quizás más por nuestras omisiones que por nuestras acciones, pero no somos los responsables de la deriva. De esta aseveración, sin embargo, se deriva una premisa que, también debería tomarse en consideración: que al igual que no somos los responsables de su causación, es difícil que podamos ser también los responsables de la solución, por lo menos, si actuamos del mismo modo que lo hemos hecho hasta el momento (no digo que lo haya

especialmente por cuanto todavía la dogmática, a pesar de las críticas al respecto, sigue sin encontrarse cómoda con el uso de las evidencias empíricas y mucho menos de llevar a cabo sus propios estudios empíricos sobre las consecuencias y efectos de

hecho el autor), encerrados en nuestros compartimentos estancos (que Atienza dice con acierto que parece más un hecho físico que una metáfora), ajenos tanto a otros saberes como a la opinión de aquellos a quienes vamos a aplicar reglas y principios» (MIRÓ LLINARES, F., «Recensión a Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018 (267 págs.)», en *Indret*, núm. 1, 2019, p. 21). Esto también fue observado y criticado duramente por Díez RIPOLLÉS, para quien el pecado original del garantismo ha sido precisamente la defensa a ultranza de «ciertos principios considerados intocables», lo cual ha conllevado a que se convierta en un peso muerto «a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales». Como ejemplo de ello, Díez RIPOLLÉS destaca «el olímpico desprecio hacia todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de los principios» y, por tanto, ignorar decididamente la aproximación a la realidad empírica. A modo de ejemplo, pone el principio de intervención mínima bajo el cual la dogmática ha tendido a «descalificar un buen número de iniciativas de activación del Derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado una eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos» (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal...*, *ob. cit.*, pp. 89 y ss.) y, por último, también indica el autor que «por último, podríamos citar la incomprensible actitud según la cual la reflexión jurídico-penal se debe concentrar en una correcta interpretación de las leyes, ya que es mediante el aseguramiento de una aplicación judicial del Derecho acorde con los principios garantistas, salvaguarda en último término por el tribunal constitucional, como se satisfarán las aspiraciones del Derecho penal mínimo. Encerrados, consecuentemente, en la torre de marfil de la dogmática desdeñosos de los vaivenes políticos, hemos dejado que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración» (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal...*, *ob. cit.*, p. 90). Pero quizás, más duro es con esta forma de operar de la dogmática penal cuando expone que «la imagen de la academia jurídico-penal en los últimos tiempos roza en demasiadas ocasiones la irresponsabilidad. Nos resistimos a entrar en las cuestiones político-criminales candentes, para evitar ser abrasados en ellas, y preferimos refugiarnos en el templado mundo de los conceptos jurídicos. Con ello renunciamos a desempeñar las tareas sociales que nos competen, incumplimiento que disimulamos torpemente mediante el empleo descalificante de un conjunto de lugares comunes» (*Ibidem*).

la pena³⁷⁴. Del mismo modo, merece la pena subrayar que especialmente un sector de la doctrina sigue considerando que la dogmática puede llevarse casi de espaldas a las evidencias empíricas. Así, por ejemplo, es llamativa la defensa que GRECO lleva a cabo del sentido común o de la experiencia de la vida cotidiana como fuentes de un conocimiento suficiente para el jurista. De esta forma, reconociendo que cualquier defensa de una teoría de la pena basada en la intimidación requiere de dos premisas que son empíricas (por un lado, que la intimidación es el medio idóneo y necesario y, por otro, que la ciudadanía debe conocer la conminación penal), no defiende, sin embargo, que el jurista deba comprender los efectos de las sanciones mostrados por los estudios empíricos (mayormente procedentes de la criminología). Así, por ejemplo, cuando analiza las objeciones empíricas destaca entre ellas que mientras que algunos estudios empíricos muestran un efecto disuasorio del castigo, también es

³⁷⁴ Una muestra de ello es la escasa relevancia o acogida que ha tenido entre los estudiosos del Derecho penal en el ámbito continental (pero también y especialmente en España) del análisis económico del Derecho. En realidad, este enfoque (siempre y cuando integre el conocimiento de otras disciplinas como la criminología, la psicología y en definitiva lo que se conoce de comportamiento humano hacia las normas) es una forma de ejercer un consecuencialismo crítico, ya que dispone de las herramientas metodológicas como para determinar cuestiones tan importantes como la pena estrictamente necesaria o la pena ideal desde un punto de vista consecuencialista. Sin embargo, tal y como explica ORTIZ DE URBINA GIMENO, la recepción del enfoque del análisis económico del Derecho ha sido prácticamente nula, a pesar de su utilidad. Posiblemente, la razón estriba, como señala el autor, en que la mayoría de la dogmática percibe esta disciplina como una que sacrifica lo normativo: «los penalistas alemanes tienden a representarse el AED como un monstruo político-criminal que da al traste con derechos y garantías para conseguir su objetivo de reducir el número de delitos. En esta identificación es altamente probable que haya influido que alguien tuviera la mala idea de referirse a los preocupantes desarrollos político-criminales de los últimos tiempos con la expresión “derecho penal orientado a la eficiencia”, popular en el área de la penalística alemana. La identificación parece servida: tanto el AED como esta política criminal positiva tiene en la eficiencia uno de sus elementos más característicos, y siendo esta política criminal algo a superar, no se ve qué incentivos hay para animarse a incorporar el propio utillaje conceptual una teoría que presenta puntos de contacto con ella» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis Económico...», *ob. cit.*, p. 65).

posible encontrar, en cambio, estudios con resultados opuestos. No obstante, lo llamativo de su postura es que GRECO entiende que el jurista no está en disposición de juzgar la «fuerza informativa» de los distintos estudios que puedan contradecirse en sus resultados, si los hay, de conformidad con los parámetros de la correspondiente ciencia.

Para GRECO el parámetro del jurista es el del *sano sentido común*. Si bien no deja del todo claro qué debemos entender exactamente por «sano sentido común», ni tampoco cuando uno alcanza exactamente o si todos tenemos el mismo «sano sentido común», para este autor es este sentido «el que mantiene una distancia escéptica con respecto al hecho puesto de relieve por Schumann de que la juventud percibiría la punibilidad de la tenencia de drogas ligeras como tutela y por ello no sólo no se intimidaría con su prohibición sino que incluso se vería inducida a tener una actitud positiva acerca de las drogas (efecto bumerán), y con respecto a la implicación de que en toda la sociedad se origina efectos negativos de este tipo»³⁷⁵. Ahora bien, para GRECO, dejarse llevar por este sentido común no debe implicar un desprecio por las ciencias empíricas, pero de ningún modo deben éstas últimas someter a este sentido común. Concretamente lo expresa como sigue:

Es precisamente este sano sentido común que sin dudas se deja instruir por las ciencias empíricas pero que de ningún modo se pone bajo su tutela, el que de manera más decisiva se opone al cuestionamiento del efecto de intimidación de las conminaciones penales. Como lo ha expuesto fundamentalmente Engisch, el mundo del jurista es el mundo de la vida cotidiana, por tanto, el mundo en el que se conduce una vida en común con otros hombres. Si los físicos no conocen los colores sino sólo rayos de luz de determinada longitud de onda en el espectro electromagnético, o no conocen sillas y mesas, sino sólo estructuras de átomos, si los psicólogos no hablan de pensamientos e intenciones sino sólo de conexiones de estímulos y reacciones o de contingencias de refuerzo y probabilidades de apropiación de determinados modelos de

³⁷⁵ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto...*, *ob. cit.* p. 287.

conducta, todo esto puede ser ignorado por el jurista sin perturbarse. Pues en el mundo de la vida cotidiana, que también es el mundo del Derecho, existen tanto colores como objetos corporales, y también sillas y mesas y estados mentales, así como pensamientos e intenciones³⁷⁶.

Del mismo modo resulta interesante que la alternativa a lo que acaba de enunciar no es, para el autor, nada razonable, pues supondría caer en una suerte de *reduccionismo científicista*, en el sentido de que

Algo podría considerarse como dado sólo en la medida en que pueda ser constatado también por la ciencia empírica. Esto significa también que toda variación de las ciencias empíricas importa una variación de los límites del mundo [...] la concepción compartida implícitamente por la mayoría de los juristas, que fue puesta de relieve paradigmáticamente por Engisch y que se conecta también con las presentes reflexiones, parte de otra metafísica, que podría denominarse como *realismo cotidiano*. Según ella, la ciencia practicada por expertos no tiene el monopolio para determinar lo que es real sino que esta facultad concierne a todos los hombres que toman parte de la vida cotidiana, a los cuales naturalmente pertenecen también los científicos. [...] El *realismo cotidiano* aquí sostenido es el único enfoque racional para el jurista no sólo por el hecho de que de otro modo él se desconectaría del mundo de las relaciones interpersonales que, sin embargo, quiere regular, sino también porque este punto de vista, *incluso con frecuencia, encuentra representantes en las ciencias correspondientes*³⁷⁷.

No resultará extraño que nuestra postura al respecto se encuentre lejos de la sostenida por GRECO. En primer lugar, porque un criterio epistémico como el *sano sentido común*, aunque sea lo que aparentemente se haya venido aplicando en la dogmática o la doctrina, no es uno ni robusto ni razonable, especialmente teniendo en cuenta el desarrollo actual de las ciencias sociales y, en cambio, supone un atrincheramiento en una forma de conocer la realidad social que puede quedar corta

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 287-288.

³⁷⁷ *Ibid.*, pp. 288-289.

en comparación con la información que nos pueden proporcionar los estudios científicos sobre esa realidad³⁷⁸. Al menos, a nuestro juicio, no parece razonable indicar, por ejemplo, que una determinada conminación penal genera intimidación y, por tanto, disuasión y motiva al cumplimiento de las normas penales si existe todo un cuerpo de evidencias que sostienen lo contrario o que la razón por la que se cumple no es la intimidación sino otros mecanismos, por muy intuitiva o de «sano sentido común» que pueda parecer la primera afirmación³⁷⁹. En segundo lugar, porque si bien los físicos no conocen mesas y sillas sino aglomeraciones de átomos, discrepamos de GRECO en que un jurista o un estudioso del Derecho que esté tratando el tema de la función de la pena y defienda una posición consecuencialista no deba conocer los efectos y las consecuencias de la pena³⁸⁰. En tercer lugar, porque

³⁷⁸ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

³⁷⁹ Del mismo modo, FEIJOO cuando explica que la comprobación empírica de que la enunciación o la ejecución de la pena disuade no implica que de esta comprobación empírica derive el significado de la pena estatal, pero afirmar esto último, tal y como señala el autor «no significa, sin embargo, que la perspectiva empírica o los datos aportados por ciencias empíricas carezcan de utilidad [...] Una teoría de la pena puede ser insostenible si se pone de manifiesto que sus puntos de partida contradicen ciertos conocimientos reconocidos sobre la realidad. Por ejemplo, que se demuestre fehacientemente la imposibilidad de la pena de cumplir determinadas funciones que se le asignan de prevención general intimidatoria o de tratamiento. El deber ser no se deriva del ser, pero evidentemente no puede prescindir de nuestras representaciones intersubjetivas de la realidad como límite. [...] Una pena que no puede cumplir las funciones que se le asignan y está destinada al fracaso carece de sentido» (FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las teorías clásicas de la pena», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 12, 2002).

³⁸⁰ De hecho, quizás, posiblemente uno de los obstáculos que se da para la toma en consideración de la información empírica sobre los efectos de la pena sea posiblemente el desconocimiento de este tipo de ámbito. De la misma opinión es ROBBENNOLT, cuando explica que «un segundo obstáculo importante que impide la consideración cuidadosa de la investigación empírica se deriva del hecho de que muchos participantes en el sistema jurídico, como los jueces y los legisladores, que están llamados a evaluar los datos empíricos, carecen de la formación en la ciencia, la metodología de la investigación empírica y la estadística que facilitarían una evaluación

el hecho de que un jurista en un determinado momento no esté en disposición de entender la fuerza informativa de los estudios empíricos conforme a los parámetros de la ciencia empírica no implica que, sin embargo, no deba estarlo si lo que propone implica asumir que la norma produce determinados efectos en la realidad o que el legislador debería guiarse por tal o cual forma de operativizar las normas porque de esa manera se puede conseguir que los potenciales infractores se abstengan de realizar delitos. En este punto, resulta difícil entender por qué, por ejemplo, si bien nos resultaría extraño que para la toma de decisiones en materia de economía o salud nos guiáramos por un realismo cotidiano, sin embargo no nos provoque la misma extrañeza cuando se trata del Derecho penal que aspira a regular una concreta realidad social y de cuya regulación se esperan unos determinados efectos, además de tratarse del empleo del poder de castigar del Estado y, por tanto, las decisiones en este ámbito son especialmente sensibles.

En otras palabras, el ámbito de realidad que aspiramos a regular es lo suficientemente sensible e importante como para otorgar a los efectos y las consecuencias (para lo que hay que atender a las evidencias empíricas) un papel más importante por las razones aportadas a lo largo de este capítulo. Y todo ello sin que suponga, en contra de lo que sostiene GRECO, abogar por un reduccionismo científico, ni se pretenda sustituir lo normativo por lo fáctico, ni que tampoco implique una desconexión del jurista con la realidad. De hecho, no atender a las evidencias empíricas y darles más peso a las intuiciones o vivencias propias (cayendo en el sesgo de disponibilidad³⁸¹) y a lo que uno pueda entender como «sano sentido común» puede ser lo que haga

matizada de las evidencias científicas sociales [...] No sólo la mayoría de los estudiantes de Derecho no provienen de entornos científicos, sino que (a pesar de algunas excepciones) la educación jurídica tampoco ha tendido a proporcionar formación en métodos de investigación empírica o estadística» (ROBBENNOLT, J. K., «Evaluating...», *ob. cit.*, p. 796)

³⁸¹ Caeríamos en este sesgo cuando nos formamos nuestras creencias sobre la base de información anecdótica (TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», en *Cognitive Psychology*, vol. 5, 1973).

desconectar al experto de la realidad. Tal y como se ha venido argumentando, es posible sostener la conexión entre lo normativo y lo empírico, especialmente en el caso de la pena, sin que aparezca la sombra ni la sospecha de una falacia naturalista o de un reduccionismo científicista.



PARTE II. CARTOGRAFÍA DEL ENFOQUE DE LA DISUASIÓN

No es la crueldad de las penas uno de los más 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, y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza.

Cesare de BECCARIA³⁸²

³⁸² BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 55.



CAPÍTULO III. LA DISUASIÓN COMO MEDIO DE PREVENIR EL DELITO: LA VISIÓN CLÁSICA

1. INTRODUCCIÓN

En el anterior capítulo se ha partido de la premisa de que el Derecho penal debe estar orientado a las consecuencias (a la prevención), de la necesidad de atender a la racionalidad o justificación instrumental de la pena y, por tanto, de una posición consecuencialista en la que se evalúen empíricamente las consecuencias, esto es, se analicen empíricamente los efectos de la pena. Lo afirmado es especialmente importante con respecto a la prevención general negativa o el efecto disuasorio del castigo. Posiblemente esta teoría es una de las más importantes en Derecho penal y es, al fin y al cabo, la que inspira el sistema de justicia penal de las sociedades occidentales de manera más o menos explícita³⁸³. Pero no solamente es una de

³⁸³ POGARSKY, G., «Deterrence and decision making: Research questions and theoretical refinements, en KROHN, M. D., LIZOTTE, A. J., y HALL, G. P. (EDS.), *Handbook on crime and deviance*, Nueva York, Springer, 2009, pp. 241-258. En el mismo sentido, TOMLINSON, K., «An Examination...», *ob. cit.* Así, tal y como explican TONRY y FARRINGTON «la aplicación de la ley o la prevención desde la justicia penal se considera convencionalmente que opera directamente a través de la disuasión, e indirectamente a través de los efectos sobre la socialización. Además, en un sentido políticamente importante aunque intelectualmente vacío, los delitos pueden ser causados o prevenidos (en el sentido de eliminados) mediante las modificaciones de los códigos penales» (TONRY, M., y FARRINGTON, D. P., «Strategic Approaches to Crime Prevention», en *Crime and Justice*, vol. 19, 1995, p. 4). Del mismo modo, obsérvese por ejemplo que en algunos sistemas de justicia penal la disuasión es uno de los objetivos específicos y explícitamente perseguido por las normas. Es el caso del Código Penal de Canadá. En este texto jurídico se explicita en el artículo 718 que «*The fundamental purpose of sentencing is to protect society and to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect*

las teorías más relevantes en el debate dogmático sobre la función de la pena³⁸⁴, sino que tampoco resulta difícil vislumbrar que esta teoría e hipótesis son las que se encuentran detrás de muchas de las políticas de prevención del delito y, también, de algunas reformas del Código Penal³⁸⁵.

Grosso modo y por el momento, la teoría de la prevención general negativa o disuasión general viene a indicar que es posible conseguir de la ciudadanía una motivación hacia el cumplimiento de las normas penales por medio de la amenaza de un mal en caso de incumplimiento, este es, la pena. En este sentido, dependiendo de cómo sea ese mal las personas adaptarán su comportamiento a lo establecido por la norma. Por ello, una estrategia disuasoria puede ser la de aumentar la severidad de la sanción porque se hipotetiza que si se aumentan los costes de esa infracción los individuos tomarán la decisión de no infringir la norma. También puede ser la de aumentar la certeza de la sanción, pero en el ámbito de la política penal es más habitual que el legislador tienda a aumentar la severidad de las sanciones en lugar de la certeza de estas, posiblemente

for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives: [...] (b) to deter the offender and other persons from committing offences». Del mismo modo, explica RENKE que «los jueces que dictan sentencias se refieren habitualmente a la “disuasión” como un factor a tener en cuenta a la hora de fijar las penas, normalmente cuando se contempla una sentencia relativamente severa» (RENKE, W. N., «Book Review – Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research, A. von Hirsch, A. E. Bottoms, E. Burney and P.-o. Wikström (Portland, Oregon: Hart, 1999)», en *Alberta Law Review*, núm. 597, 2001. Igualmente véase KENNEDY, D. M., *Deterrence and Crime Prevention. Reconsidering the prospect of sanction*, Routledge, New York, 2009.

³⁸⁴ GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto...*, *ob. cit.*, p. 277). Del mismo modo, incluso los posicionamientos más recientes como los de RODRÍGUEZ HORCAJO y MIRÓ LLINARES que se han analizado en el *Capítulo I* también establecen en algún momento una función disuasoria en la pena.

³⁸⁵ Así afirman EASSEY, J. M., y BOMAN, J. H., «Deterrence Theory», en Jennings, W. G. (Ed.), *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, John Wiley & Sons, 2016, p. 1: «Dada la dependencia sistemática de las políticas basadas en la disuasión y el increíble número de vidas a las que afectan estas políticas, se podría argumentar de forma convincente que la disuasión es la teoría más importante que existe sobre el comportamiento delictivo».

porque en términos de oportunidad política, recursos económicos, materiales y humanos resulta mucho más factible³⁸⁶, y desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo (del Código Penal) es la única estrategia posible. En todo caso, esta es una teoría especialmente intuitiva y simple³⁸⁷, pero que está compuesta de diversas premisas fácticas y empíricamente contrastables: 1) la pena tiene potencialidad para dirigir la conducta de los ciudadanos; 2) las personas tienen capacidad de motivarse³⁸⁸ conforme a la norma y eligen cumplir

³⁸⁶ BJORGO, T., *Preventing Crime. A Holistic Approach*, Palgrave Macmillan, 2016. Del mismo modo, ORTIZ DE URBINA GIMENO señala que actuar sobre la severidad de la sanción es más factible, ya que aumentar las probabilidades de aprehensión implicaría invertir el denominado «modelo embudo» del sistema de justicia penal. Concretamente, explica este autor que «elevar la probabilidad de condena supone actuar sobre uno o varios de los factores que tienen como resultado que la criminalidad pueda estudiarse siguiendo lo que en criminología se ha denominado “modelo del embudo”. Expuesto *grosso modo*: el número de delitos cometidos es superior al de aquellos que son denunciados, el de denuncias superior al de actuaciones judiciales, y el de actuaciones judiciales superior al de condenas, de modo que el sistema de justicia criminal funciona como un filtro en forma de embudo que va seleccionando los casos. De este modo, para alterar el porcentaje de condenas habría principalmente que invertir más en efectivos policiales y judiciales (en general: en el sistema de administración de justicia criminal), con el consiguiente coste para el erario público. Menores son los costes que suelen asociarse al aumento del valor esperado de la sanción por medio del incremento de su dureza» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico...», *ob. cit.*, p. 58).

³⁸⁷ ALVIRA MARTÍN, F., «El efecto disuador...», *ob. cit.*; igualmente PATERNOSTER, R., «How much do we really know about criminal deterrence?», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, núm. 3, 2010, p. 766: «el concepto de disuasión es bastante sencillo: es la omisión de un acto delictivo por miedo a las sanciones o el castigo»; y también KENNEDY, D., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena* (Traducción de Luciana MORÓN), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 45: «Gran parte de la fuerza del marco teórico de la disuasión, y ciertamente gran parte de su atractivo en las conversaciones acerca de las políticas públicas, se deriva del sentido común que subyace a su esencia. El daño es algo que debe ser evitado, el beneficio es algo que debe ser buscado».

³⁸⁸ Efectivamente, tal y como explica JACOBS, es necesario distinguir entre disuasión y la capacidad de verse disuadido (en inglés, entre *deterrence* y *deterrability*). Así explica que «si la disuasión denota el proceso perceptivo

con la norma penal como consecuencia de esa amenaza, ya que somos seres racionales; 3) La pena justa es la pena estrictamente necesaria, esto es, la estrictamente necesaria para conseguir esa capacidad directiva de la conducta (no más)³⁸⁹. De esta forma, se hipotetiza una interacción clara entre las normas de Derecho penal y el comportamiento humano que tendría como resultado el cumplimiento de las normas penales y, por tanto, si el legislador pretende salvaguardar determinados bienes jurídicos y controlar la realización de determinadas conductas, una de las estrategias que puede emplear es, sin duda, la amenaza legal.

Con la criminalización de una conducta o con el aumento de la severidad de una ya tipificada en el Código Penal se manda un mensaje a la generalidad de la ciudadanía con el que se amenaza con un mal en caso de la realización de la conducta que se pretende evitar³⁹⁰. Pero ¿sucede así en la realidad? ¿Se da esta

por el que los posibles delincuentes sopesan los riesgos frente a las recompensas para determinar si van a delinquir, la disuasión describe la capacidad o voluntad del posible delincuente de realizar este cálculo» (JACOBS, B. A., «Deterrence...», *ob. cit.*, p. 420).

³⁸⁹ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*; Asimismo, TOMLINSON, K. D., «An Examination...», *ob. cit.*, p. 33: «Los principales supuestos de la teoría son los siguientes: (1) se transmite un mensaje a un grupo objetivo [por ejemplo, que está mal asesinar y que si quitas la vida a otra persona puedes ir a la cárcel o recibir la pena de muerte]; (2) el grupo objetivo recibe el mensaje y lo percibe como una amenaza; y (3) el grupo toma decisiones racionales basadas en la información recibida».

³⁹⁰ Así, por nombrar algunos ejemplos, MIRÓ LLINARES y BAUTISTA ORTUÑO con respecto a las modificaciones del Código Penal en 2007 en materia de seguridad vial: «el argumento político-criminal para la tipificación de estas conductas era la necesidad de reprimirlas gravemente para disuadir a los conductores de su realización. De nuevo, la sanción administrativa aparece, para el legislador, como un mensaje comunicativo no lo suficientemente severo como para lograr el doble efecto deseado. El primero, de claro sentido preventivo-general negativo e intimidatorio, la disuasión al conductor potencial de la realización de tales conductas; el segundo, cuyo sentido es más cercano a la prevención general positiva en su conceptualización basada en la psicología social, la confirmación a la sociedad de que los comportamientos más graves también son los más gravemente penados y, con ello, la constitución de una determinada *moral social* relativa a la mejor conducción vial» (MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA

interacción norma-cumplimiento de la manera en la que lo predice la teoría de la prevención general negativa? Si se da, ¿se produce para todo tipo de conminación y sujeto receptor del mensaje? ¿Cómo influye o, más bien, qué peso tiene la consideración de la norma y el castigo por los individuos en la decisión de infringir una determinada norma?³⁹¹

En el presente capítulo y los siguientes trataremos de responder a estas preguntas por medio de una aproximación a la literatura en la materia^{392/393}. Para ello, partiremos, en primer

ORTUÑO, R., «¿Por qué..», *ob. cit.*, p. 5). Por otro lado, en opinión de ÁLVAREZ GARCÍA y con respecto a la tipificación de delitos de desobediencia en el Código Penal «en el sentido apuntado creo que es menester introducir tipos en el Código Penal que protejan la autoridad de las decisiones judiciales y administrativas, y que lo hagan con un arsenal que en términos de prevención general negativa sea lo suficientemente poderoso e intimidatorio» (ÁLVAREZ GARCÍA, F., «Las desobediencias en Derecho penal», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto 2013, p. 213). Véase también el trabajo de SÁNCHEZ OTHARÁN en materia de delitos contra el medio ambiente cometidos por empresas en SÁNCHEZ OTHARÁN, J. F., *Protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*. Tesis Doctoral, 2019. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/666560#page=1>, trabajo en el cual defiende que la teoría de la pena que mejor se adecúa al derecho penal del medio ambiente es precisamente la prevención general negativa.

³⁹¹ En este sentido, tal y como explica POGARSKY: las preguntas de investigación en esta materia han evolucionado desde la pregunta de si el castigo disuade a las preguntas del cómo, bajo qué condiciones y para quién (POGARSKY, G. «General Deterrence: Review with Commentary on Decision-Making», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021).

³⁹² Debe advertirse que este capítulo no puede tomarse como referencia de una revisión completa de toda la literatura existente en materia de disuasión, sino como una aproximación a la misma que sirva a los propósitos de esta segunda parte de la tesis doctoral. Por ello, la selección de los autores y la estructura del capítulo es parcial y limitada y, por tanto, no es exhaustiva.

³⁹³ Tal y como explica GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, pp. 324-325: «No es tarea fácil, por razones metodológicas, evaluar empíricamente el efecto intimidatorio real de la pena (de la pena abstracta con que se conmina la comisión de un delito, de la concreta que se impone al infractor) y, en general, la capacidad disuasoria del sistema legal (que

lugar, de los principales trazos de lo propuesto por los precursores de la prevención general negativa y la disuasión para, en los siguientes capítulos, aproximarnos a lo que la literatura empírica ha ido desentrañando acerca de la interacción entre el mensaje normativo basado en la intimidación o el miedo al castigo y el comportamiento de las personas. Asimismo, y una vez asentados los efectos preventivos-disuasorios de la sanción penal y determinado su alcance, se pasará a describir y analizar otros enfoques de cumplimiento y mecanismos preventivos relacionados con la norma y que van más allá del mecanismo puramente disuasorio. Sin embargo, antes de adentrarnos en todo ello es necesario realizar algunas aclaraciones previas.

2. DOS ACLARACIONES PREVIAS

2.1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: MULTIVERSOS PARA UN MISMO OBJETO

En esta investigación se ha optado por emplear de manera indistinta el término prevención general negativa (o prevención intimidatoria) y el de disuasión general. Si bien ambas teorías tal y como están enunciadas por sus precursores (FEUERBACH, BECCARIA y BENTHAM) mantienen diferencias claras, como

dispone, además, de otros instrumentos y resortes, como la detención policial, la prisión provisional, etc., para el cumplimiento de sus fines). Sin embargo, el uso racional del castigo -objetivo prioritario del Estado social y democrático de Derecho, y de toda Política Criminal científica- exige la verificación empírica de su eficacia, de su utilidad, dada la estricta legitimación instrumental del mismo (sin olvidar, en todo caso, que un sistema legal en buen estado de funcionamiento ha de satisfacer otras exigencias y acreditar ciertas cualidades positivas más allá de su poder disuasorio y efectividad). Por ello, hoy interesa sobremanera a la Criminología verificar la eficacia disuasoria del castigo y sus variables: si es cierto -o no- que la amenaza de la pena evita la comisión de delitos y previenen la criminalidad; si la imposición y cumplimiento de la pena concreta mitiga -o no- el riesgo de reincidencia del infractor. En definitiva, si existe evidencia empírica de que la pena satisface las necesidades y expectativas sociales que los modelos disuasorios asignan al castigo».

analizaremos a continuación, también tienen puntos en común. Tanto la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH como la teoría de la disuasión propuesta por BENTHAM, pero cuyas bases asienta BECCARIA, parten de un presupuesto común cual es la concepción de la pena como el instrumento que legítimamente puede utilizar el Estado con el objetivo de motivar o dirigir (y racionalizar su uso) el comportamiento de los ciudadanos. Parten, pues, de la capacidad motivadora de la norma y la sanción penal y de la capacidad del hombre como sujeto racional con la cualidad o capacidad de motivarse conforme a ella. Si bien es cierto que FEUERBACH es el autor que por antonomasia es citado en la literatura continental, en la anglosajona lo son BECCARIA y BENTHAM. En este sentido, prácticamente la mayoría de las investigaciones de escritura inglesa en las que se analiza la teoría de la disuasión siempre establecen como punto de partida los presupuestos establecidos por los que son considerados los padres fundadores de la misma, mientras que en la literatura continental resulta difícil encontrar un trabajo que analice la prevención general negativa y no se identifique la misma con la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH. Sin embargo, más allá de la diferencia de la influencia geográfica de sus precursores ¿es lo mismo hablar de prevención general intimidatoria que de disuasión general?

Son muy escasas las investigaciones que observan esta cuestión terminológica. En esta omisión de la literatura repara específicamente ANDENAES³⁹⁴. De conformidad con este autor, en la literatura de habla inglesa se suele emplear el término *deterrence* en un sentido técnico, para referirse a la disuasión general o a la específica. Más concretamente, con respecto a la disuasión general, el término mayoritariamente empleado se suele referir a la amenaza y la imposición del castigo y, por

³⁹⁴ ANDEANES, J., «General Prevention Revisited: Research and Policy Implications», en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 66, 1975, p. 341.

tanto, se asocia también a la motivación mediante el miedo³⁹⁵, esto es, cuando la literatura se refiere a los efectos que produce el miedo al castigo. Ahora bien, de acuerdo con ANDENAES esta definición plantea al menos dos problemas.

El primero es con respecto a su contenido. El término «disuasión» dejaría fuera la influencia motivadora que tiene el castigo y su enunciación y que va más allá del miedo o de la amenaza, es decir, deja fuera los efectos moralizantes que pueda tener la enunciación del castigo en la medida en que éste también puede influir no solo a través del miedo sino a través de la expresión de una condena social por un acto específicamente prohibido. Así, es posible entender la disuasión en un sentido más amplio donde se incluyan ambas dimensiones y, por tanto, se considere que la motivación hacia el cumplimiento se produce tanto por los efectos del miedo al castigo como por los efectos morales intrínsecos a la propia amenaza del castigo³⁹⁶. Sin embargo, como explica ANDENAES, otros investigadores utilizan el término *deterrence* en un sentido más restrictivo para referirse únicamente a la amenaza legal y a la motivación mediante el miedo a la misma. Pero advierte el autor que prácticamente ninguna investigación repara en este uso indistinto del término, pese a que el contenido del mismo puede ser distinto dependiendo del autor que esté tratando el tema. Por este motivo, entiende ANDEANES que el término

³⁹⁵ Así, por ejemplo, VON HIRSCH, BOTTOMS, A. E., BURNEY, E., y WIKSTRÖM, P. O., *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, Hart, Portland, 1999.

³⁹⁶ ANDEANES, J., «The Moral or Educative Influence of Criminal Law», en *Journal of Social Issues*, vol. 27, núm. 2, 1971. En este sentido, explica WIKSTRÖM que el concepto de la disuasión tendría dos elementos: un elemento de desarrollo y otro situacional. Mientras que los aspectos de desarrollo incluyen el cumplimiento de las normas por la influencia moral o por la formación de un hábito, el elemento situacional se refiere a la influencia en la toma de decisiones como consecuencia de la amenaza de la sanción. Si bien el autor prefiere diferenciar entre la disuasión como mecanismo situacional y las experiencias disuasorias (WIKSTRÖM, P. H., «Deterrence and Deterrence Experiences: Preventing Crime through the Threat of Punishment», en GIORA SHOHAM, S., BECK, O., y KETT, M. (EDS.), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Routledge, 2008)

prevención general supera el problema acabado de mencionar: «en la literatura alemana y escandinava esta dificultad se supera hablando de prevención general en lugar de disuasión general. La prevención general tiene así dos componentes: el componente del miedo y lo que se ha llamado el componente moral»³⁹⁷. Aun así, reconoce que este término también puede resultar demasiado amplio y ambiguo dado que en él se pueden incluir medidas como la educación, los programas contra la pobreza, etc. Pero explica, sin embargo, que en las discusiones en el ámbito continental no ha habido grandes dificultades con el empleo del término «prevención general» en la medida en que «la vaguedad desaparece cuando se utiliza el término “prevención general” como una especie de expresión abreviada de los efectos preventivos generales del Derecho penal»³⁹⁸. Pese a lo anteriormente señalado, a nuestro juicio, ésta se convierte en una discusión meramente terminológica de corto alcance en la medida en que exista un consenso sobre el significado del término empleado y se especifique o se pueda inferir qué es lo que queda dentro del término. Así, por ejemplo, ANDENAES reconoce la propia dificultad del término «prevención general» y, sin embargo, alude a un determinado consenso con respecto a lo que significa. En este sentido, en nuestra opinión, ocurre lo mismo con el término disuasión general³⁹⁹. En la revisión de la

³⁹⁷ ANDEANES, J., «General Prevention...», *ob. cit.*, p. 341. En realidad, esta posición ya la había defendido en un trabajo que publicó en 1952 en la *Journal of Criminal Law and Criminology*. De los pocos artículos que defendían la disuasión en la primera mitad del s. XX. Es en este artículo donde el autor expone que es mejor hablar de los efectos de prevención general del castigo, y que incluye también el efecto moralizante del castigo y de formación del hábito de conformidad o de cumplimiento (véase ANDENAES, J., «General Prevention – Illusion or Reality?», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 176, 1952). Precisamente, sobre este artículo, explica PATERNOSTER (PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, p. 775) que «la perspectiva de Andenaes se distinguía por su postura contraria a los vientos populares y científicos dominantes, al afirmar que el castigo podía desempeñar un papel importante para asegurar el cumplimiento».

³⁹⁸ ANDEANES, J., «General Prevention...», *ob. cit.*, p. 341.

³⁹⁹ En opinión de MEDINA ARIZA, por ejemplo, es mejor adoptar el término criminológico de «disuasión», y a su juicio incluso los penalistas

literatura que nos disponemos a llevar a cabo, se ha tenido presente el análisis de los efectos que la pena tiene en el marco de las teorías de la prevención intimidatoria, de la amenaza legal que supone la pena, ya que es lo que a nuestro juicio resulta interesante para poner a prueba lo que entendemos que está detrás de muchas políticas penales. También es lo que está detrás de algunas propuestas sobre la justificación de la pena que se han analizado en el *Capítulo I*. Los efectos moralizantes, además, pueden ser analizados desde otros enfoques teniendo en cuenta variables distintas a las del enfoque de la disuasión en sentido estricto, como se analizará en el *Capítulo V*⁴⁰⁰. Es decir,

deberían adoptarlo puesto que el término prevención es más genérico y no hace referencia ni a los medios ni a los procesos por medio de los cuales se produce tal efecto preventivo. Así, señala el autor que «aunque la literatura penal española habla de teorías de la prevención, en lugar de teorías de la disuasión, en esta obra he decidido emplear una terminología más criminológica. Hablar de teoría de la prevención para referirnos a un particular mecanismo de prevención es, de forma muy confusa, designar la parte con el todo. Además, hablar de disuasión e inocuización nos permite discutir de forma más abierta los procesos por medio de los cuales esta supuesta prevención se produce. Personalmente, pienso que no solamente los criminólogos, sino también los penalistas españoles, deberían adoptar esta terminología más adecuada» (MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad Ciudadana*, BdeF, Madrid, 2011, p. 34, nota a pie de página nº 1). Del mismo modo, también merece la pena subrayar al respecto que, si bien no es habitual encontrar una referencia a FEUERBACH en literatura de escritura inglesa, cuando la hay, el término que emplean los autores es el de *deterrence* y no *prevention*. Así, por ejemplo, es el caso de HÖRNLE, cuando al hablar de la teoría de la prevención general negativa o de la coacción psicológica de Feuerbach se refiere a ella en inglés como «*his theory of "psychological compulsion", deterrence through statutory threat*» (HÖRNLE, T., «PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law», en DUBBER, M. D. (ED.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 119). Igualmente, MATERNI, M. C., «Criminal Punishment and the Pursuit of Justice», en *Br. J. Leg. Studies*, 2013.

⁴⁰⁰ Como se analizará en el *Capítulo V*, no muy tarde la literatura criminológica comenzó a incorporar al contenido de la teoría de la disuasión la consideración de los efectos que derivaban de las sanciones informales y que tenían que ver con aspectos de la influencia social y también del sistema de valores de los individuos. No obstante, en la literatura del cumplimiento normativo ha venido siendo habitual la opción metodológica de considerar enfoques de cumplimiento diferenciándolos unos de otros. Como se verá más

es cierto que el término «prevención» es uno mucho más amplio que el de «disuasión» en la medida en que en él pueden incluirse todo tipo de factores y de medidas legales y extralegales dirigidas a la reducción del crimen, incluidos los efectos moralizantes de la propia criminalización de conductas. Sin embargo, si se le añaden los adjetivos de «general» e «intimidatoria»⁴⁰¹ es cuando ambas expresiones pueden entenderse como sinónimos, al menos en el sentido que se han venido utilizando en la literatura⁴⁰².

adelante, la literatura diferencia entre el enfoque de la disuasión identificando ésta con los efectos de la amenaza legal, el enfoque de la legitimidad y el sistema de valores de los individuos, y el enfoque de la influencia social. De esta forma, es más viable poder establecer correlaciones y conocer entre qué variables se producen.

⁴⁰¹ Así, GRECO en relación al concepto de intimidación: «qué significa intimidación parece en principio claro. Su esencia parece ser en todo caso “ocasionar temor”. Mientras que la amenaza indica en primera línea algo externo, un mal futuro, la intimidación se refiere a algo interno que debe suceder en la psiquis del destinatario. Deben generarse sensaciones de determinado tipo, sensaciones de miedo o de temor, es decir, sensaciones desagradables que se origina a partir de la representación de un mal futuro. Estas sensaciones deben también incidir sobre las acciones, o sea, transformarse en motivos, de modo que el destinatario de la intimidación se comporte de la manera en que se lo representa aquel que emplea la intimidación. Por regla, un *concepto de intimidación psicológico* de este tipo subyace explícita o implícitamente a la mayoría de los sostenedores de la teoría de la intimidación, y también aquellos que escribieron sobre la teoría de la intimidación trabajaron por regla con un concepto de intimidación psicológico, basado en ocasionar temor» (GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto...*, ob. cit., pp. 278-279). Si bien, merece la pena subrayar que el autor desarrolla toda una serie de objeciones a este concepto de intimidación para terminar definiéndolo como sigue: «la *intimidación* se ha de comprender, de modo correcto, no como provocación psicológica de temor, sino *funcionalmente* como el dar a conocer de modo general razones referidas a la prudencia (y no referidas a la moralidad) para comportarse conforme al Derecho» (GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto...*, ob. cit., p. 284).

⁴⁰² En este sentido, esta es una elección que puede considerarse, por supuesto, criticable. De hecho, existe toda una discusión en torno a qué debe entenderse por disuasión y qué debe incluir la misma. Mientras que algunos autores han optado por el término restrictivo de disuasión mediante el cual con esa palabra se hace referencia a los efectos de la amenaza legal del castigo (i.e. GIBBS, J. P., *Crime, Punishment, and Deterrence*, Elsevier, New York, 1975;

El segundo problema terminológico que para ANDENAES plantea el uso habitual del término disuasión general es que a veces se define como el impacto restrictivo que tiene en los demás el castigo de los delincuentes, en lugar de entender el concepto como la amenaza de la ley y el miedo a ver esa amenaza cumplida. Así señala que «la amenaza de la ley es el punto de partida; desde una perspectiva de disuasión general, la función principal del castigo real es hacer creíble la amenaza de la ley»⁴⁰³. Entenderlo de este modo, de acuerdo con el autor, no solamente es analíticamente más adecuado, sino que también evita la idea de que alguien está siendo sacrificado con el único propósito de infligir temor en los demás y, por tanto, de que el uso de esta estrategia es injusta o inadecuada⁴⁰⁴. Para ANDENAES «aunque ciertamente hay problemas éticos en la disuasión, las respuestas no deberían estar sesgadas por el uso de una terminología inexacta»⁴⁰⁵.

Al respecto, coincidimos con el autor en que, en ocasiones, bajo el término disuasión general se confunden los efectos preventivos que pueden derivarse del mero mensaje

AKERS, R., *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*, Roxbury, Los Angeles, 1997), y asimismo han considerado que otro tipo de factores (i.e. control social informal) lo que hacen es inhibir el crimen pero no tanto disuadirlo; otros han optado por entender que la disuasión incluye muchas más cosas y, por tanto, se han de incluir tanto las sanciones formales como las informales (ANDERSON, L. S., CHIRICOS, T. G., y WALDO, G. P., «Formal and informal sanctions: A comparison of deterrent effects», en *Social Problems*, vol. 25, 1977; NAGIN, D. S., y PATERNOSTER, R., «Preventive effects of the perceived risk of arrest: Testing and expanded conception of deterrence», en *Criminology*, vol. 29, 1991).

⁴⁰³ ANDEANES, J., «General Prevention...», *ob. cit.*, p. 343.

⁴⁰⁴ Asimismo, esta sería la idea principal detrás de la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH. De hecho, tal y como describe GRECO, el propio FEUERBACH entiende que con su teoría no se está empleando al hombre como un medio, sino que respetaría la máxima de que se le trate como un fin en sí mismo ya que, como se analizará posteriormente, la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH parte de la función intimidatoria en fase de enunciación, pero no de la imposición (GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto...*, *ob. cit.*, p. 129)

⁴⁰⁵ ANDEANES, J., «General Prevention...», *ob. cit.*, p. 343.

normativo, de la enunciación o conminación, con los efectos preventivos que se pueden derivar en la generalidad de la efectiva imposición de penas, esto es, de la ejemplificación⁴⁰⁶. Y ello puede levantar fácilmente reticencias tanto desde un punto de vista normativo a la hora de tomar en consideración el enfoque por el escollo que supone argumentar la validez de emplear al delincuente como medio para fomentar el cumplimiento, como empírico puesto que se trata de dos variables independientes totalmente diferentes con respecto al cumplimiento de las normas. En este sentido, si bien va a ser difícil desde un punto de vista metodológico deslindar y aislar completamente un medio de disuasión general del otro⁴⁰⁷, el

⁴⁰⁶ Un ejemplo, HIGGINS y MARCUM cuando explican la diferencia entre disuasión general y disuasión específica, las conceptualizan del siguiente modo: «La disuasión especial se produce cuando un delincuente ha sido castigado por un delito y, por lo tanto, se ve disuadido de cometer el mismo delito por miedo al castigo conocido. Por el contrario, la disuasión general hace que la población en su conjunto no cometa ningún tipo de conducta delictiva porque ha sido testigo de las penas impuestas a un delincuente» (HIGGINS, G. E., y MARCUM C. D., *Digital Piracy. An Integrated Theoretical Approach*, Carolina Academic Press, Durham, 2001, p. 34).

⁴⁰⁷ Así, CARDENAL MONTRAVETA que decide también emplear indistintamente el término prevención general intimidatoria y disuasión general explica que: «Como es sabido, para referirse el 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 la 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

interés de la revisión de la literatura está no tanto en la disuasión general que se puede dar como consecuencia de la imposición de penas a los infractores, aunque se tratará de forma puntual, como aquella que puede tener lugar con la enunciación o la propia conminación, esto es, con el acto comunicativo de la amenaza que supone la norma⁴⁰⁸.

Por último, más allá de diferenciar entre disuasión general o específica, la literatura también ha realizado otra serie de distinciones conceptuales dependiendo bien del tipo de mensaje comunicativo, bien dependiendo de los efectos que produce éste. En función del tipo de mensaje comunicativo, la literatura ha diferenciado entre la disuasión inicial y la disuasión marginal. La disuasión inicial haría referencia al efecto motivador que tendría la norma penal desde su primera

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 aquella o las consecuencias asociadas 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» (CARDENAL MONTRAVETA, S., «¿Eficacia...», *ob. cit.*, p. 4, nota núm. 6).

⁴⁰⁸ Esta segunda forma de entender la disuasión es, además, la forma más moderna de conceptualizar la prevención general negativa. Así lo explica DEMETRIO CRESPO: «Cabe distinguir en ellas dos subgrupos: las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad por medio del ejemplo ofrecido a través de la imposición de la pena y las doctrinas de la intimidación dirigida a la generalidad a través de la amenaza contenida en la ley. En opinión de Ferrajoli, pese a que estas teorías están libres en principio de la confusión esencial entre Derecho y Moral, resultan idóneas para justificar modelos de Derecho Penal máximo, al menos de modo claro las de la primera versión mencionada, que está presente en Grocio, Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Beccaria, Bentham, Filangieri y otros pensadores del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII. La segunda versión, sin embargo, la doctrina más moderna de la prevención general negativa que liga la función disuasoria del Derecho Penal respecto a la generalidad de modo mediato a su amenaza contenida en la ley, presente en Feuerbach, Romagnosi, Schopenhauer, Carmignani, Carrara y muchos otros, excluye determinados resultados inaceptables a los que podría conducir la primera» (DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general...*, *ob. cit.*, p. 111).

enunciación, es decir, desde la criminalización de una conducta que anteriormente estaba permitida⁴⁰⁹. En cambio, la disuasión marginal hace referencia al efecto disuasorio que tienen los aumentos o la disminución en las variables de la disuasión (esencialmente, la certeza y la severidad) con respecto a conductas que ya estaban criminalizadas previamente^{410/411}.

Por otro lado, teniendo en cuenta los efectos que produce el mensaje comunicativo, la literatura ha diferenciado entre la disuasión absoluta y la disuasión restrictiva. La disuasión absoluta hace referencia a la no realización de ningún tipo de delito como consecuencia del miedo al castigo. Por el contrario, la disuasión restrictiva se produce cuando el individuo comete

⁴⁰⁹ VON HIRSCH, BOTTOMS, A. E., BURNEY, E., y WIKSTRÖM, P. O., *Criminal Deterrence...*, *ob. cit.*, p. 5: «la disuasión inicial se refiere a los efectos de iniciar una prohibición contra una conducta previamente permitida».

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Este concepto, además, es especialmente tenido en cuenta en el ámbito del análisis económico del Derecho porque hace referencia a las preferencias del delincuente cuando dos delitos tienen asociadas las mismas penas, de tal manera que representarían el mismo coste y elegirá aquel que le reporte un mayor beneficio. Es decir, si por el mismo «precio» puede obtener un beneficio mayor, supuestamente, el infractor elegirá la opción que mayor beneficio le reporte. Esto especialmente importante en el ámbito del Derecho penal ambiental (SÁNCHEZ OTHARAN, J. F., *Protección penal del medio...*, *ob. cit.*). Es por ello, que ORTIZ DE URBINA GIMENO entiende que es necesario mantener una proporcionalidad entre las penas y los delitos (ORTIZ DE URBINA, I., «Análisis económico...», *ob. cit.*); en el mismo sentido lo explica SHAVELL, S., «A Note on Marginal Deterrence», en *International Review of Law and Economics*, vol. 12, núm. 3, 1992, p. 345, cuando explica que: «La teoría de la disuasión se ha ocupado principalmente de situaciones en las que los individuos se plantean si cometer un único acto perjudicial. Por ejemplo, una persona puede decidir si vierte un contaminante en un lago. En algunos contextos, sin embargo, una persona puede estar contemplando cuál de varios actos perjudiciales cometer —si verter un contaminante en un lago o en su lugar verterlo en el suelo (donde podría causar un nivel de daño diferente). En estos contextos, la amenaza de sanciones desempeña un papel adicional al habitual de disuadir a los individuos de cometer actos perjudiciales: influye en los actos perjudiciales que los individuos no disuadidos deciden cometer. En particular, los individuos no disuadidos tendrán una razón para cometer menos actos perjudiciales en lugar de más si las sanciones esperadas aumentan con el daño».

menos delitos⁴¹² o delitos de menor entidad como consecuencia del miedo al castigo correspondiente a delitos más graves o en mayor cantidad⁴¹³.

2.2. EL FOCO DE ESTA INVESTIGACIÓN: LA PREVENCIÓN GENERAL CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA NEGATIVA

También resulta importante poner de relieve que, pese a que en momentos puntuales de este trabajo se pueda hacer referencia a la prevención especial o la disuasión específica, ésta no ha sido objeto de la revisión de la literatura ni de evaluación empírica en este trabajo, habiéndonos centrado esencialmente en la

⁴¹² GIBBS, J. P., «Crime, Punishment, and Deterrence», en *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, núm. 4, 1968.

⁴¹³ Así, PATERNOSTER Y BACHMAN explican que: «La disuasión absoluta se produce cuando me abstengo de cometer cualquier infracción por el miedo al castigo legal. Si saber que mi cónyuge ha sido sorprendido y multado por exceso de velocidad (o ser sorprendido y multado yo mismo) hace que deje de hacerlo por completo, he sido absolutamente disuadido. La disuasión restrictiva se produce si cometo menos infracciones o infracciones menos graves por miedo al castigo. Si saber que mi cónyuge ha sido detenido y multado por exceso de velocidad hace que yo sólo conduzca con exceso de velocidad cuando estoy en el coche que tiene el detector de radares o sólo en carreteras rurales abiertas, pero no en mi otro coche o en las autopistas interestatales, también he sido disuadido de forma restrictiva. Si el hecho de saber que mi cónyuge ha sido detenido y multado por exceso de velocidad hace que reduzca mi exceso de velocidad a sólo 10 millas por encima del límite establecido y no a 20, también he sido disuadido de forma restrictiva» (PATERNOSTER, D., y BACHMAN, R. (EDS.), *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Oxford University Press, New York/Oxford, 2001, p. 15). Del mismo modo, explica JACOBS que la disuasión restrictiva se produce cuando los delincuentes reducen el riesgo de detección por medio de ajustes probabilísticos y/o particularísticos de su conducta. En este sentido, aclara el autor que estaremos ante una disuasión restrictiva en cualquiera de los siguientes supuestos: «1. El delincuente reduce el número de delitos que comete durante un periodo de tiempo determinado; 2. El delincuente comete delitos de menor gravedad que el acto contemplado, creyendo que el castigo no será tan severo por una infracción “más leve” [...] 3. El delincuente adopta medidas situacionales para aumentar la probabilidad de que el delito contemplado se lleve a cabo sin que se detecte el riesgo [...] 4. El delincuente reconoce un contexto situacional de riesgo, que le hace cometer el mismo delito en un lugar o momento diferente» (JACOBS, B., A., «Deterrence...», *ob. ci.*, p. 433).

prevención general, es decir, la prevención que se puede alcanzar por medio de la enunciación de la norma penal. Asimismo, dada la relevancia de la teoría de la prevención general intimidatoria, se le ha dedicado especial atención al mecanismo disuasorio, esto es, al análisis de cómo afecta el mensaje comunicativo basado en la intimidación a la motivación de la ciudadanía hacia el cumplimiento de las normas penales, siendo esto último uno de nuestros principales objetivos: en qué medida se tiene en cuenta éste mensaje o qué peso tiene en la decisión de cumplir las normas, así como a la forma en que podría configurarse el mismo si se pretende promover un mayor cumplimiento por éste medio, y no tanto qué efecto disuasorio tiene en el infractor el mensaje consistente en la imposición del castigo.

Sin embargo, como se ha señalado en el anterior apartado, no ignoramos las dificultades metodológicas que implica analizar de forma aislada los efectos preventivo-generales de la disuasión por el posible efecto que pueda tener la imposición en otros del castigo, pero también porque el cumplimiento de las normas en no pocas ocasiones tiene que ver con el sistema propio de valores de los individuos, así como por los medios de control social informal⁴¹⁴ que, aunque algunas reformulaciones de la teoría de la disuasión incluyen estas dimensiones⁴¹⁵, en este

⁴¹⁴ En este sentido, tal y como advierte SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 286 «debido al efecto de las sanciones informales, no será fácil, metodológicamente hablando, establecer de manera plausible los potenciales efectos de las penas por sí mismas», a lo que se le añade el problema metodológico consistente en que «en la práctica, los potenciales efectos preventivos de las penas responden a un producto conjunto de distintas funciones de la pena: prevención general, especial e inocuización» (*Ibid.*, p. 287).

⁴¹⁵ En este sentido, PIQUERO, PATERNOSTER, POGARSKY y LOUGHRAN realizan un brevísimo resumen de las diferentes extensiones de la teoría de la disuasión o modificaciones al modelo clásico que que por su brevedad y altísima claridad merece la pena ser reproducida: «En primer lugar, Williams y Hawkins (1986), aunque no afirman que el aspecto formal de la disuasión sea ineficaz, argumentan que las amenazas de sanción formal disuaden la delincuencia en gran medida al desencadenar amenazas de sanciones

trabajo se ha optado por excluirlas del concepto de la disuasión. Ello no significa que no se vayan a tener en cuenta. Más bien al contrario, ya que nos ocuparemos de la disuasión general, pero también de la prevención que se puede alcanzar por medio de otros mecanismos como la influencia social y la legitimidad⁴¹⁶.

Asentado lo anterior, a continuación, analizaremos los principales hitos en torno a la investigación en materia de disuasión y que abarcaría desde sus formulaciones más primigenias (*Capítulo III*) hasta la investigación más actual con la incorporación de la economía, la criminología y la economía del comportamiento (*Capítulo IV*).

informales. Ejemplos de esta última forma de amenaza de sanción son las percepciones de las personas cercanas al delincuente (familia, compañeros), así como las emociones internas que pueden surgir en función del castigo (vergüenza, culpa). Estas amenazas de sanciones informales son importantes elementos disuasorios de la actividad delictiva. En segundo lugar, Cornish y Clarke (1986) ampliaron la teoría de la disuasión incorporando elementos de la perspectiva de la elección racional en un esfuerzo por parcelar la disuasión en una teoría de la delincuencia basada en la situación que se centra en los riesgos y las recompensas asociadas a delitos específicos en lugares específicos. [...] Una tercera extensión implicó un enfoque particular en los beneficios asociados con la delincuencia (Katz, 1988). Es importante destacar que la noción de beneficios en la teoría de Katz era más que instrumental, en la medida en que los delincuentes también pueden obtener beneficios emocionales/mentales que son intangibles y quizás no estén relacionados con la capacidad de disuasión. Una cuarta extensión fue planteada por Stafford y Warr (1993), quienes ampliaron la teoría de la disuasión con respecto a las percepciones de la sanción, centrando la atención en las nociones de experiencias personales y vicarias en las percepciones de la amenaza de la sanción (y su formación), así como en los resultados del castigo y la evitación del castigo asociados a la actividad delictiva» (PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating the Individual Difference Component in Deterrence Theory», en *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, vol. 7, 2011, pp. 237-238). Las obras a las que se refieren son las siguientes: WILLIAMS, K., y HAWKINS, R., «Perceptual research on general deterrence: a critical review», en *Law Soc. Rev.*, vol. 20, 1986; CORNISH, D. B., y CLARKE, R. V., *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Springer-Verlag, New York, 1986; KATZ, J., *Seductions of Crime*, Basic Books, New York, 1988; STAFFORD, M. C., y WARR, M., «A reconceptualization of general and specific deterrence», en *J. Res. Crime Delinquency*, vol. 30, 1993.

⁴¹⁶ Véase el *Capítulo V*.

3. LOS PRECURSORES DE LA PREVENCIÓN INTIMIDATORIA COMO FIN DEL CASTIGO PENAL

3.1. LA ILUSTRACIÓN COMO CONTEXTO INTELECTUAL DE LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN INTIMIDATORIA Y LA DISUASIÓN

Puede decirse que el Derecho penal moderno se gesta y desarrolla durante la segunda mitad del s. XVIII⁴¹⁷, cuando los autores exponentes que a continuación se analizarán beben inconfundiblemente de las ideas filosóficas de la Ilustración⁴¹⁸, y de cuyas premisas llegan a la necesidad de justificar el castigo en clave utilitarista⁴¹⁹ en aras de una mayor racionalidad del Derecho penal y del sistema de justicia criminal. Si bien excede de los propósitos de esta investigación abordar, siquiera someramente, este periodo y su influencia en el Derecho penal⁴²⁰, sí creemos que es importante aportar algunas pinceladas que tienen como único fin contextualizar a los tres autores exponentes de la prevención general intimidatoria y la disuasión como fin de la pena: Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, Cesare BONESANA (Marqués de BECCARIA) y Jeremy BENTHAM.

Las propuestas reformadoras del sistema de justicia penal de la época impulsadas por los intelectuales de la Ilustración

⁴¹⁷ VORMBAUM, T., *Historia moderna...*, ob. cit., pp. 53 y ss. Del mismo modo, MIR PUIG, por ejemplo, se refiere a BECCARIA y su obra como el fundador del Derecho penal liberal y también como aquél que inició la moderna ciencia del Derecho penal (MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, BdeF, Montevideo, 2003).

⁴¹⁸ PATERNOSTER, R., y BACHMAN, R., *Explaining Criminals and Crime...*; BACIGALUPO, E., «Filosofía e ideología de las teorías de la pena», en *Derecho y Humanidades*, vol. 1, núm. 2010. Véase igualmente el interesante análisis de RAMOS VÁZQUEZ, I., «El Derecho penal de la Ilustración», en ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A. (EDS.), *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁴¹⁹ IPPOLITO, D., «La filosofía penal de las luces entre utilitarismo y retribucionismo», en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, núm. 77, 2011.

⁴²⁰ Para ello, véase PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra Editores, Lima, 2008.

suponían la máxima oposición a los sistemas de justicia penal propios de los regímenes absolutistas, con una administración de justicia estructuralmente débil⁴²¹, con la imposición de penas draconianas y crueles, con elevados niveles de corrupción entre aquellos encargados de impartir justicia, donde se permitían penas físicas y la tortura como medio de extraer confesiones, donde el proceso penal carecía de la más mínima garantía y se permitían las acusaciones secretas y los castigos públicos, donde la religión jugaba un papel esencial pues el delito no era sino la comisión de un pecado y la pena la forma de expiarlo⁴²², así donde la pena capital se aplicaba a no pocos delitos⁴²³. A ello había que sumarle que el Derecho penal no estaba codificado, sino en textos dispersos, opacos, contradictorios y asistemáticos⁴²⁴.

⁴²¹ BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory: The Emergence of Deterrence Theory in the Age of Enlightenment», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.

⁴²² Así, por ejemplo, BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory...», *ob. cit.*; TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

⁴²³ Así, tal y como explica GENTEA: «En el Antiguo Régimen, el *ius puniendi* era una facultad personal del monarca que, por ser personal, era indeterminada y los principios de su aplicación se reconducían a la filosofía del orden y del pecado. La Monarquía utilizaba la ley como uno de los más importantes instrumentos de imposición de su autoridad y, al mismo tiempo, como maquinaria protectora del orden social establecido. La pena se concebía como la expiación de un pecado, como un anticipo del juicio y castigo divinos lo que hacía que en la práctica, toda esta justificación concluyera en la arbitrariedad absoluta de la justicia penal, en la completa indeterminación de los ilícitos, precisados en cada caso mediante simples juicios *ad hoc*, o por simples oportunismos políticos, en el predominio dado al más desnudo pragmatismo represivo (eran objeto de crudos escarmientos los delitos que más alarmaban al poder o al pueblo, según las circunstancias); el proceso penal regido, por el solo principio inquisitivo, se consideraba como una simple técnica eficaz para averiguar la comisión de los delitos y arrancar, mediante el tormento como instrumento normal, lo que se consideraba la prueba plena, la confesión del reo» (GENTEA, A., «Hacia la humanización de la justicia penal en la Francia Ilustrada: la aportación de Voltaire», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, 2004, p. 394).

⁴²⁴ KUNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C., *El Derecho Penal Liberal. Los principios Cardinales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; SERRANO MAÍLLO, A.,

Como reacción al sistema de justicia penal dantesco del Antiguo Régimen, las ideas que se gestaron durante la Ilustración entraban en plena contraposición con el régimen político, social y también jurídico penal establecido⁴²⁵ (y por ello, muchas de las obras de la Ilustración fueron prohibidas⁴²⁶), desde las que se promulgaba la secularización, el racionalismo, el utilitarismo y el espíritu humanitario y filantrópico⁴²⁷. So pena

Introducción..., ob. cit.; TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992; GENTE, A., «Hacia la humanización...», ob. cit.

⁴²⁵ Según HERRERO HERRERO «Se estaba, desde luego, ante una Filosofía rupturista con la hasta entonces vigente, al propugnarse una antropología vertebrada por principios obedientes ‘a las características de individualidad, frente al predominio de la colectividad; de subjetividad frente a la aceptación inerte de los valores ‘objetivos’. Se pasaba de concebir un ser humano cargado de obligaciones a un ser humano demandante, exigente, de derechos en la ‘ciudad terrena’. Social y políticamente hablando, los cultivadores del ‘Pacto Social’, con extraordinaria influencia, ponen en el hombre como individuo el origen del ‘poder social y político, porque él es el titular de los derechos que la sociedad y el Estado (estructura jurídico-política, legítima desde la sociedad) están obligados, por delegación, a salvaguardar: la vida, la libertad, la propiedad...» (HERRERO HERRERO, C., *La Justicia Penal Española en la crisis del Poder Absoluto*, Monografías Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 63).

⁴²⁶ Así por ejemplo lo fue la obra de BECCARIA, su *Tratado de los delitos y las penas*. Como explica RAMOS VÁZQUEZ «no son de extrañar en este punto las reacciones de condena de la Iglesia, que acusó a BECCARIA de impío y sedicioso, incorporando su obra al índice de libros prohibidos. La ofensa estaba servida a pesar de las respetuosas advertencias del autor. En su pensamiento los derechos individuales de libertad, seguridad e igualdad, sustentadores del pacto social, se imponían como valores absolutos frente a la autoridad ilimitada y deificada del poder estatal del Antiguo Régimen» (RAMOS VÁZQUEZ, I., «El Derecho penal...», ob. cit., p. 54)

⁴²⁷ PIETRO SANCHÍS, L., «La filosofía penal de la Ilustración española», en ARROYO ZAPATERO, L., y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (DIRS.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001. En este mismo sentido, afirma GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, que «La Ilustración por consideraciones “rationales” y “humanitarias”, exige la proporción del delito y la pena. El contrato social impide que el delincuente pierda más derechos de los que se ha arrogado al violar aquél; y la propia “razón” reclama, junto al imperativo de la

de caricaturizar la complejidad de la cuestión, de la época de las Luces se pueden extraer las siguientes ideas esenciales que impregnarán también las propuestas reformadoras del Derecho penal en Europa⁴²⁸.

- En primer lugar, la secularización, la necesidad de desligar el Derecho como algo dado por Dios, y de entenderlo como el producto de la razón del hombre⁴²⁹. Así, para TOMÁS Y VALIENTE:

[...] arrebatada la ley a la divinidad queda como un fenómeno intramundano, «natural». Para lograr una justa organización social, bastará que la ley positiva atienda a explicitar las «relaciones que derivan de la naturaleza de las cosas». De este modo el derecho contribuirá a realizar la felicidad (una de las palabras mágicas de la época, en la que creen por lo menos los intelectuales de entonces) y la libertad de los individuos⁴³⁰.

proporcionalidad, la consecución de fines “útiles”: proporcionalidad, corrección del delincuente y, en su caso, aseguramiento, remplazan ya al monolítico principio de la intimidación», (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.* p. 237).

⁴²⁸ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases...*, *ob. cit.*

⁴²⁹ En palabras de MOYER «el siglo XVIII supuso un reto para el gobierno de la Iglesia y la aristocracia. Los inicios de la revolución industrial y el mercantilismo dieron lugar a una nueva clase media que cuestionó muchas de las prácticas políticas corruptas. Los ciudadanos empezaron a protestar por las veleidades e incoherencias del gobierno y la gestión de los asuntos públicos. La Iglesia y el sistema de justicia penal fueron denunciados por su uso histórico de la tortura y las inquisiciones secretas» (MOYER, I. L., *Criminological Theories. Traditional and Nontraditional Voices and Themes*, Sage, Thousand Oaks, 2001, p. 14)

⁴³⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la...*, *ob. cit.*, p. 254. En este sentido, tal y como explica MOYER, los naturalistas se rebelaron contra la autoridad de la Iglesia, y pusieron de manifiesto que había un orden de las cosas del mundo que estaba separado del mundo de la religión. En este sentido, explica MOYER que «destacaron la importancia de la ciencia para comprender el mundo físico. Es decir, sugerían que la capacidad humana de razonar, así como las observaciones y experiencias, proporcionaban las herramientas para explicar gran parte del mundo» (MOYER, I. L.,

- La idea de que el Derecho es obra del hombre y no de Dios va íntimamente ligada a la del contrato o pacto social⁴³¹. En este sentido, la obra de Jean-Jacques ROUSSEAU (*Du Contract Social*) tuvo una gran influencia a la hora de entender de dónde surgía el Estado y también de dónde derivar la propia legitimidad del *ius puniendi*⁴³², del mismo modo que pensadores como MONTESQUIEU y VOLTAIRE tuvieron una influencia clara en las ideas reformistas del sistema de justicia penal que posteriormente demandaría BECCARIA⁴³³.
- Asimismo, y aunque es cierto que es común identificar la filosofía ilustrada con el utilitarismo y, por tanto, con la idea de que la pena solo debe atender a finalidades de

Criminological..., *ob. cit.*, pp. 13-14). Según BRUINSMA durante el siglo XVII las ciencias naturales avanzaron de forma asombrosa, que todos estos avances influyeron en la filosofía posterior y que, por tanto, no es de extrañar que los autores del s. XVIII se vieran influenciados y contagiados por los avances científicos (BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory...», *ob. cit.*).

⁴³¹ En este sentido, tal y como expone HERNÁNDEZ MARCOS, M., «Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe», en PATTARO, E., CANALE, D., GROSSI, P., HOFMANN, H., RILEY P. (EDS.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 124: «En la visión del mundo de la Ilustración se considera que el Derecho penal forma parte del Derecho civil sensu lato (derecho positivo), porque se refiere específicamente a la paz común y a la seguridad jurídica de los ciudadanos que *ex pacto sociale* debe proporcionar el Estado. En efecto, se piensa que esta seguridad jurídica depende no sólo de la delimitación precisa de los derechos privados por el derecho positivo, sino también y sobre todo de la sancionabilidad pública que distingue a éste del Derecho natural y del Derecho divino». Si bien, como advierte SERRANO MAÍLLO (SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 93) otros autores como CARRARA rechazaron la fórmula del contrato social.

⁴³² Así, por ejemplo, BAILONE explica que «el modelo de Beccaria era de cuño contractualista (Rousseau), donde cada ciudadano cedía una mínima parte de su libertad al Estado en pos de la vida en sociedad y de ver garantizadas el resto de sus libertades» (BAILONE, M., «El liberalismo penal: Cómo procurarse buenos precursores», en VIDAURRI ARÉCHIGA, M., y CUAREZMA TERÁN, S. J. (DIRS.), *El Derecho penal en tiempos de cólera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 109)

⁴³³ EASSEY, J., y BOMAN, J., «Deterrence...», *ob. cit.*

prevención, como explica PRIETO SANCHÍS posiblemente esta no sea la mayor contribución del pensamiento filosófico-penal de esta época, sino más bien la racionalidad y el humanismo que la acompaña. Así explica que

[...] el cambio consiste más bien en que si para el Derecho del Antiguo Régimen la consecución de aquellas finalidades [la intimidación] había conducido a un incesante incremento del número y crueldad de las penas, la nueva filosofía seguirá aproximadamente el camino inverso: las penas deben ser proporcionales al delito, es decir, deben ser estrictamente necesarias; y, por ello, tan dulces o humanitarias como sea posible para alcanzar sus objetivos⁴³⁴.

En este sentido, por ejemplo, como veremos a continuación, una de las principales preocupaciones de los pensadores ilustrados, entre ellos BECCARIA, es precisamente la irracionalidad e ineficacia de un sistema de justicia penal que lejos de servir a ningún fin racional⁴³⁵, como es la prevención del delito, estaba

⁴³⁴ PRIETO SANCHÍS, L., «La filosofía penal...», *ob. cit.*

⁴³⁵ Gran influencia tuvo también el contexto científico de la época. Como describe BRUINSMA, los pensadores y filósofos del siglo XVII le concedieron un rol nuclear al conocimiento científico. De conformidad con este autor, es importante tener en cuenta que son cinco los factores que contribuyen a tender el estado de la ciencia del siglo XVIII: «(1) el impulso omnipresente de explorar la naturaleza empíricamente; (2) el deseo de abandonar los prejuicios, el oscurantismo, la charlatanería y la intuición introduciendo la razón como principio básico del conocimiento científico; (3) el deseo de tener más libertad individual para llevar a cabo pensamientos e investigaciones independientemente de la iglesia y las monarquías; (4) el deseo de reformar la sociedad y la humanidad basándose en el conocimiento científico, no en un cambio radical; y (5) el argumento de que la especie humana y la mente humana habían progresado y progresarán en el futuro por la ciencia» (BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory...», *ob. cit.*, p., 11). En este sentido, este contexto científico es el que cristaliza la posibilidad del empleo del análisis racional para mejorar la sociedad. Es precisamente en este contexto en el que surgen los conocidos *Philosophes et Encyclopédistes* entre los

basado en la arbitrariedad e irracionalidad más absoluta⁴³⁶.

- Y también será central en las propuestas reformadoras ilustradas la necesidad de humanizar las penas. Así se abogaba por la eliminación de la tortura, la supresión o la limitación de la pena capital, o la atenuación de las penas⁴³⁷.

Estas ideas son recursivas y suponen el motor de las obras de los autores que a continuación se analizarán, pudiendo entender muchas de sus propuestas a partir del contexto vital e intelectual en el que desarrollaron sus obras.

3.2. LA DENOMINADA ESCUELA CLÁSICA

Como Escuela Clásica se conoce a una serie de autores de finales del s. XVIII y el s. XIX que sientan las bases para una determinada concepción del Derecho penal⁴³⁸ y de la Criminología⁴³⁹. En el ámbito del Derecho penal establecieron una colección de principios y garantías que inspiran nuestro

que se encontraban autores como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot o d'Alembert. Según BRUINSMA se trata de trabajos seminales que tuvieron un gran impacto con respecto a la humanización del sistema de justicia penal.

⁴³⁶ En este sentido, explica BAILONE que «a la Ilustración le debemos un discurso, que además de no ser irracional ni contradictoria, era humanista e individualista en el sentido de colocar al individuo como bastión frente al cual el Estado no podía sino interactuar en el marco de un contrato social, que determinaba deberes y derechos recíprocos [...] El Iluminismo focaliza su reforma en una severa crítica al antiguo régimen del absolutismo. Voltaire y Montesquieu fueron los pioneros que abrieron el sendero para que el Marqués de Beccaria expusiera el pensamiento de su generación» (BAILONE, M., «El liberalismo...», *ob. cit.* pp.105 y ss.).

⁴³⁷ Así, VORMBAUM, T., *Historia moderna...*, *ob. cit.* pp. 66 y ss., todas estas ideas fueron cruciales para la eliminación de la pena de muerte, las penas físicas, la atenuación de las penas y también una revisión de determinados delitos bajo el prisma de todas esas influencias.

⁴³⁸ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases...*, *ob. cit.*; LARRAURI, E., *Introducción...*, *ob. cit.*, pp. 50-51).

⁴³⁹ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

sistema actual⁴⁴⁰. En el ámbito criminológico (y que interesa también al penal, sin duda) legaron las siguientes ideas: a) el libre albedrío y la racionalidad del hombre; b) la capacidad de realizar un cálculo de costes y beneficios de todos los hombres (los delincuentes no son seres diferentes); c) la utilidad de las penas para la prevención del delito (es mejor prevenir que tener que castigar); d) la utilidad de las penas dependerá de sus características: la certeza, la severidad y la celeridad⁴⁴¹.

BECCARIA (1738 - 1832) y su De los delitos y las penas

Pese a las sombras que caen sobre la obra de BECCARIA y la forma en la que la misma tuvo lugar⁴⁴², lo cierto es que es incontestable

⁴⁴⁰ Como el principio de legalidad, de humanidad de las penas, entre muchas otras garantías.

⁴⁴¹ LARRAURI, E., *Introducción...*, *ob. cit.*, pp. 50-51; SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 95. En el mismo sentido, MARTIN y colaboradores para quienes estos autores nos legaron las siguientes ideas esenciales: «La noción de libre albedrío fue un principio rector de la Escuela Clásica. La creencia de que los individuos eran responsables de su propio comportamiento y, por lo tanto, el castigo era una respuesta adecuada si una persona transgredía la ley, ha contribuido a desarrollar el modelo del debido proceso, el derecho a abogado, la determinación de la culpabilidad y el uso del castigo para los culpables» (MARTIN, R., MUTCHNICK, R. J., y AUSTIN, T., *Criminology Thought: Pioneers Past and Present*, MacMillan, New York, 1990, p. 18)

⁴⁴² Este ensayo de BECCARIA no puede entenderse completamente sin su contexto ambiental anteriormente expuesto, ni tampoco sin el contexto intelectual que dio origen a esta obra, cual es la Accademia dei Pugni (Academia del puño) fundada por Pietro Verri en 1761 (BRUNI, L., y PORTA, P. L., «Cesare Beccaria's On Crime and Punishments», en *History of Economics Review*, vol. 60, 2014). Pese a la imagen que hoy en día podamos tener de BECCARIA como jurista, lo cierto es que tal y como han documentado algunos autores, el autor italiano tenía muy pocos conocimientos sobre el Derecho y el castigo cuando empezó a escribir *De los Delitos y las penas* (BEIRNE, P., «Inventing Criminology: The science of man in Cesare Beccaria's deli delitti delle pene (1974)», en *Criminology*, vol. 29, núm. 4, 1991). En este sentido, BECCARIA fue introducido a la cuestión e impulsado a escribir este ensayo por los hermanos VERRI, promotores del grupo de discusión «Accademia dei Pugni» en el que ingresó BECCARIA ante su inconformidad por la organización económica en Italia. Como explica BRUINSMA (BRUINSMA, G. J.

N., «Classical Theory...», *ob. cit.*), Pietro VERRI urgió a BECCARIA a escribir sobre una reforma penal, un tema que tenía una especial relevancia para los hermanos VERRI porque Alessandro era protector de los prisioneros. En este sentido, Alessandro invitó a BECCARIA a visitar algunas de las prisiones para que se hiciera una idea de lo que realmente era el sistema de justicia criminal. Además, los hermanos VERRI introdujeron a BECCARIA en la filosofía de la Ilustración y a las obras de autores como HOBBS, HUME, MONTESQUIEU o DIDEROT, autores y obras desconocidos para BECCARIA hasta entonces. Es por ello que, tal y como entienden NEWMAN y MARONGIU (NEWMAN, G., y MARONGIU, P., «Penological Reform and the Myth of Beccaria», en *Criminology*, vol. 28, 1990), es posible que sin la intervención de estos dos hermanos la obra culmen de BECCARIA no habría visto nunca la luz. De hecho, incluso se ha llegado a especular sobre cómo el tratado de BECCARIA fuera realmente escrito. En este sentido, NEWMAN y MARONGIU indican que BECCARIA tenía grandes dificultades a la hora de escribir y que muchos de los capítulos que trata en *De los delitos y las penas*, son el resultado de escribir algunas ideas que se producían en el foro de la discusión. Tal y como ellos explican: «nuestra suposición es que Beccaria había escrito las notas resultantes de las muchas discusiones que tuvo con los Verris y sus visitantes sobre el Derecho penal, y que los Verris habrían instado a Beccaria a reunir estos retazos en un libro» (NEWMAN, G., y MARONGIU, P., «Penological...», *ob. cit.*, p. 331). En este sentido, habrían sido los VERRI los que pusieron en orden todos estos capítulos, lo cual explicaría la falta de sistematicidad del propio tratado, y que según NEWMAN y MARONGIU quedaría acreditado por una carta escrita por Pietro VERRI el 1 de noviembre de 1765 poniendo lo anterior de relieve. Por otro lado, no es menos cierto que los autores que han estudiado la figura de BECCARIA también indican que estas palabras de VERRI (en las que lo acusa prácticamente de plagio) no son más que la expresión de envidia generada en VERRI tras el importante éxito de la obra. Tal y como explica JENKINS «supuestamente, el propio Verri había inspirado la obra, mientras que todo lo que Beccaria habría hecho fue tomar prestados pasajes de Montesquieu, Helvetius, Voltaire y Graevius. La afirmación de Verri, tal y como se presenta, es muy difícil de aceptar, pero un estudio de la forma en que Beccaria utilizó sus fuentes revela dos cosas: en primer lugar, que expresaba poco que fuera novedoso; y en segundo lugar, que cuando manejaba material similar al de otros escritores, le daba un sesgo muy conservador» (JENKINS, P., «Varieties of Enlightenment Criminology», en *British Journal of Criminology*, vol. 24, núm. 2, 1984, pp. 112-130). A lo que añade que «En 1766, el socio de Beccaria, Pietro Verri, se había puesto muy celoso del éxito de *Sobre los delitos y las penas*, y empezó a amenazar con denunciar a Beccaria como charlatán y plagiador». A pesar de todo lo anterior, lo cierto es que la traducción al francés de la obra facilitó su acogida entre los filósofos de la Ilustración franceses quienes invitaron a BECCARIA a París a discutir su trabajo. Sin embargo, como exponen NEWMAN y MARONGIU, la visita resultó

que su *De los delitos y las penas* supone una obra referencia de la Ilustración⁴⁴³. Y, aunque no es en sí misma una teoría del crimen, sí contiene una serie de formulaciones y principios acerca del castigo que pueden considerarse los pilares sobre los que se funda la teoría de la disuasión⁴⁴⁴ y que, asimismo, «sirven de cimiento a la construcción de un nuevo sistema penal»⁴⁴⁵.

La preocupación que se encuentra detrás de cada uno de los principios no es otra que convertir al sistema de justicia criminal en uno mucho más racional y eficiente, y ello lo hizo a través de 47 secciones diferentes con sus principales ideas o premisas normativas básicas acerca del poder del Estado de sancionar, de la legitimidad del castigo y cómo éste debería ser para que pudiera considerarse eficiente y racional, esto es, en última instancia, útil. De este tratado de menos de cien páginas destacaremos las siguientes tres ideas⁴⁴⁶ y que, sin duda, inspirarán la obra de BENTHAM.

Para BECCARIA el poder de castigar no reside en ninguna autoridad divina, sino más bien procede del contrato social, y en cuya formulación se puede vislumbrar claramente la influencia de autores como LOCKE, MONTESQUIEU, HOBBS y ROUSSEAU en

ser un fracaso (NEWMAN, G., y MARONGIU, P., «Penological...», *ob. cit.*). Después de este viaje BECCARIA no viajó nunca más, y después de *De los delitos y las penas*, no volvió a publicar ningún trabajo antes de su muerte (BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory...», *ob. cit.*).

⁴⁴³ Así, por ejemplo, varios monarcas de la época decidieron, tomando como referencia lo expuesto por BECCARIA, suprimir la tortura y limitar drásticamente la pena de muerte. Entre estos monarcas se encontraban Catalina II de Rusia, José II de Austria, Pedro Leopoldo de Toscana, y Luis XVI (KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C., *El Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 24; ÁLVAREZ CORA, E., «El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio», en *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)*, núm. 11, 2005, p. 94).

⁴⁴⁴ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*

⁴⁴⁵ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C., *El Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 30.

⁴⁴⁶ Si bien por cuestiones prácticas solo señalaremos tres ideas de esta obra, no es menos cierto que ésta merece mucha más atención, ya que en esta pequeña obra se contienen muchas más aportaciones también de gran calado para el sistema de justicia penal.

su pensamiento⁴⁴⁷. En este sentido, todos los hombres ceden una parcela de libertad para poder disfrutar de la tranquilidad que ofrece no estar en un estado de guerra continuo. Todas estas porciones de libertad cedidas son administradas por el Estado soberano. Pero no basta con crear este repositorio de libertades, sino que es necesario protegerlo de las injerencias de otros, y la forma de protegerlos es por medio de las penas:

Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes. Llámalos *motivos sensibles* porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se opinen al bien universal⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ En este sentido, para BECCARIA (Capítulo 1: Origen de las penas) «Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El conjunto de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario» (BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, p. 19).

⁴⁴⁸ BECCARIA, C., *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 19. La necesidad del castigo también aparece en el segundo capítulo («Derecho de castigar») cuando dispone que «Toda pena, dice el gran Montesquieu, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. He aquí pues el fundamento del derecho del soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos» (*Ibid.* pp. 19-20).

Y es precisamente la necesaria protección del repositorio de libertades lo que hace necesario el castigo. Como consecuencia de lo anterior, la ley puede decretar castigos para los delitos y la legitimidad de la autoridad para ello reside únicamente en el legislador en el que se encuentra representada la totalidad de la sociedad unida por el contrato social⁴⁴⁹. Por ello, ningún magistrado o miembro de la comunidad puede establecer por sí mismo el castigo para ningún otro miembro de la sociedad⁴⁵⁰.

Si bien, como veremos más adelante, BENTHAM desarrolla mucho más el principio utilitarista⁴⁵¹, BECCARIA puede considerarse, junto con otros pensadores de la Ilustración un

⁴⁴⁹ En este sentido, en su Capítulo 3 titulado «Consecuencias» deriva que: «La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad» (*Ibid.* p. 21)

⁴⁵⁰ Así, se pueden observar en esta obra la clara influencia de las ideas de la Ilustración y que permiten encuadrar a este autor en tal movimiento intelectual. En este sentido, estas ideas surgen en el autor debido a su preocupación por la crueldad y el barbarismo de las leyes europeas. Estas prácticas, tal y como se ha explicado anteriormente, permitían las acusaciones secretas, la tortura, las sentencias sin un juicio y los castigos totalmente disparatados (PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*). En la misma línea, BECCARIA a lo largo de su tratado se muestra en contra de la división de la sociedad entre la gente pobre y los ricos que se rigen por diferentes leyes. Asimismo, se muestra firmemente en contra de la tortura, de los castigos crueles y de las condiciones infrahumanas de las cárceles. Del mismo modo, se muestra totalmente en contra del empleo de la tortura para extraer confesiones forzosas, y explica que tampoco debería permitirse la pena de muerte por cuanto este tipo de pena estaba en contra de su idea de soberanía y entendía el derecho a la vida como uno inalienable. Por no decir que además consideraba a esta pena inútil e innecesaria a los fines previamente establecidos por él al castigo penal (RAMOS VÁZQUEZ, I., «El Derecho penal...», *ob. cit.*)

⁴⁵¹ Siguiendo a CEJUDO, R., «Utilitarismo», en *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 23, 2019, p. 54: «fue J. Bentham quien formuló la primera teoría utilitarista a partir del hallazgo de esta frase de Beccaria que se convirtió en su divisa: “la mayor felicidad para el mayor número».

antecedente de esta corriente⁴⁵² que, en aquel momento, se desarrolló como un programa de reforma política comprometido con la felicidad de la ciudadanía⁴⁵³. Así, podemos encontrar en su obra diferentes rasgos del utilitarismo, tanto del que se refiere a la felicidad como del que se refiere a las consecuencias. Por lo que se refiere al elemento bienestarista (la felicidad del mayor número de gente posible) se encuentra cuando el autor explica en la introducción de su obra que «*la felicidad mayor colocada en el mayor número, debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre*»⁴⁵⁴. Asimismo, también reitera esta idea cuando explica su concepto de justicia:

También es necesario precaverse de no fijar en esta palabra *justicia* la idea de alguna cosa real, como de una fuerza física o de un ser existente; es solo una simple manera de concebir de los hombres: manera que influye infinitamente sobre la felicidad de cada uno. No entiendo tampoco por esta voz aquella diferente suerte de justicia que dimana de Dios, y que tiene sus inmediatas relaciones con las penas y recompensas eternas⁴⁵⁵.

También cuando expone cómo deberían evitarse los delitos (capítulo 41):

⁴⁵² Así, para HARCOURT, B., «Beccaria's *On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*», en DUBBER, M. D. (ED.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 39: «El tratado de Beccaria tuvo una enorme influencia en Blackstone y Bentham, y en el Desarrollo temprano del pensamiento utilitarista en la justicia penal, así como en los desarrollos posteriores durante el siglo XX en el análisis económico del crimen y el castigo». Igualmente lo explica RAMOS VÁZQUEZ. Ahora bien, como esta última autora pone de relieve del texto de Beccaria se puede extraer que el autor era utilitarista en cuanto a la fundamentación del castigo: «Si Beccaria fue un utilitarista en cuanto a la fundamentación del castigo, se puede decir que en cuanto a la defensa de los derechos individuales fue un garantista» (RAMOS VÁZQUEZ, I., «El Derecho penal...», *ob. cit.*, p. 54)

⁴⁵³ CEJUDO, R., «Utilitarismo...», *ob. cit.*

⁴⁵⁴ BECCARIA, C., *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 17.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, pp. 20 y 21.

Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida⁴⁵⁶.

En este sentido, la pena justa para BECCARIA es la pena útil y necesaria para realizar ese fin utilitarista:

La tercera consecuencia es que cuando se probase que la atrocidad de las penas, si no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese a lo menos inútil, también en este caso sería no solo contraria a aquellas virtudes benéficas que son el efecto de una razón iluminada, que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual circule incesante la medrosa crueldad, sino que se opondría a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social⁴⁵⁷.

Para BECCARIA el fin de la pena no es atormentar al infractor (un ser sensible) de un delito que ya ha sido cometido y que, por tanto, no se puede deshacer. El fin del castigo es, sin embargo, impedir que el infractor vuelva a realizar nuevos daños a sus conciudadanos y, al mismo tiempo, disuadir a la generalidad de cometer delitos⁴⁵⁸. Esta pena, además, debe ser proporcional. Pero BECCARIA no solo apela a una proporcionalidad por el rédito ético o de justicia que este principio proporciona, sino

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, pp. 21 y 22.

⁴⁵⁸ Concretamente, explica en el Capítulo 12 (Fin de las penas) que «Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político que, bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán se escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardaba la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo» (*Ibid.*, p. 34).

porque aplicar un principio de proporcionalidad mantiene el principio hedonístico del placer-dolor y, también, porque advierte que una desproporcionalidad puede ser contraproducente en el fin de la pena que él defiende y que, actualmente, la literatura ha identificado como disuasión marginal. Así, expresa BECCARIA que:

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen los hombres aun a las más sublimes operaciones fueron destinados por el invisible Legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción tanto menos observada, cuanto más común, que las penas castiguen los delitos de que han sido causa. Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja⁴⁵⁹

Asimismo, para que el castigo sirviese a su fin (prevenir) éste debería cumplir con una serie de características. Concretamente, el castigo debe ser pronto y cierto. Así, para BECCARIA «tanto más justa y útil será la pena, cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido»⁴⁶⁰. En este sentido, la prontitud asegura la evitación de la angustia que pudiera ocasionar a cualquier reo el hecho de no saber cuándo se le impondrá y también que el reo no esté en prisión más tiempo del necesario. Pero, además, porque para BECCARIA, cuanto menos tiempo pase entre el delito y la pena, más posibilidades habrá de que el infractor asocie ambos⁴⁶¹. Pero si hay alguno de los elementos del castigo al que BECCARIA le da más importancia es, sin duda, a la certeza del castigo (incluso por encima de la

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁶¹ *Ibidem.*: «He dicho que la prontitud de las penas es más útil, porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas, delito y pena, de tal modo que se consideran el uno como causa y la otra como efecto consiguiente y necesario».

severidad). En este sentido, expondrá en el Capítulo 27 titulado «*Dulzura de las penas*» que:

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas [...] 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, y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza⁴⁶²

BENTHAM (1748 – 1832) y su Introducción a los principios de la moral y la legislación

Jeremy BENTHAM, jurista y filósofo⁴⁶³, tenía tan solo 18 años cuando BECCARIA publicó por primera vez y de forma anónima su *De los delitos y las penas*, y aunque se puede observar que el autor italiano tuvo una gran influencia sobre su obra⁴⁶⁴, especialmente comparten la crítica al sistema de justicia de la

⁴⁶² *Ibid.*, p. 55. Asimismo, BECCARIA se opone frontalmente a la pena de muerte por considerarla igualmente una pena inútil.

⁴⁶³ LILLY, J. R., CULLEN, F. T., y BALL R. A., *Criminological Theory. Context and consequences* (7th edition), Sage Publications, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC/Melbourne, 2019, p. 17.

⁴⁶⁴ Según HART «La deuda de Bentham con Beccaria era grande y es bien conocida. De hecho, el propio Bentham se esforzó en asegurar que todos sus lectores se dieran cuenta de lo mucho que Beccaria había contribuido a su propio pensamiento. Muchas de las frases en las que Bentham reconoce su deuda son elocuentes y llamativas. Es cierto que, en su vejez, Bentham declaró no estar seguro de si había aprendido primero de Priestley o de Beccaria [...], pero nunca dudó de que fue Beccaria quien le sugirió las formas en que este principio general podría precisarse y utilizarse para elaborar buenas leyes» (HART, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 40). Igualmente reconoce esta influencia HARCOURT, B., E., «Beccaria's On Crimes...», *ob. cit.*

época⁴⁶⁵, como explica BRUINSMA, su trabajo es mucho más comprensivo y de mayor riqueza conceptual que el de BECCARIA⁴⁶⁶. En este sentido, su obra referencia en materia del crimen es *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, publicada en 1879, y donde formula con detalle el principio de utilidad propiamente dicho⁴⁶⁷. A los efectos que nos interesan, resaltaremos las siguientes tres ideas de su obra *Introducción a los principios de la moral y la legislación*.

Para BENTHAM, hay dos grandes fuerzas que lo mueven todo: el placer y el dolor. Todas las decisiones que toman los hombres son el resultado del balance entre esas dos sensaciones. En consecuencia, se tenderá siempre a maximizar el placer (beneficios) y a evitar el dolor (los costes), y esto es lo que guía la conducta humana⁴⁶⁸. Dicho de otro modo, mientras que

⁴⁶⁵ De esta manera explica Harcourt que «Bentham y Beccaria coincidieron en las líneas maestras de sus argumentos: ambos criticaron el efecto brutalizador de los castigos excesivos y apoyaron la disuasión marginal como principio limitador del castigo; ambos estuvieron a favor de castigos rápidos y determinados como forma de reforzar la asociación del castigo con el crimen; y más generalmente, estuvieron de acuerdo en la necesidad de la ley formal y la "legalidad" para dar legitimidad al sistema de justicia penal y al soberano» (HARCOURT, B., E., «Beccaria's On Crimes...», *ob. cit.*, p. 43).

⁴⁶⁶ BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory...», *ob. cit.*

⁴⁶⁷ CEJUDO, R., «Utilitarismo»..., *ob. cit.*, p. 54. En este sentido, BENTHAM también ha sido un autor importante y referencia por sus escritos en economía, en el que ejercieron una clara influencia el economista Nathaniel FORSTER y Adam SMITH. Así, STARK dispone que «Bentham comenzó a estudiar economía política en 1786, cuando tenía treinta y ocho años, y la abandonó en 1804, cuando acababa de cumplir cincuenta y seis. De este modo, se puede ver que dedicó ocho años, quizás los mejores de su vida, al cultivo de un campo con el que su nombre nunca se ha asociado seriamente hasta ahora» (STARK, W. (ED.), *Jeremy Bentham's Economic Writings*, Allen and Unwin, London, 1955, pp. 12-13)

⁴⁶⁸ En este sentido, comienza su obra de la siguiente forma: «La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer. Sólo a ellos corresponde señalar lo que debemos hacer, así como determinar lo que haremos. Por un lado, la norma del bien y del mal, y por otro, la cadena de causas y efectos, están sujetas a su trono. Nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos, en

aquellas acciones que generen placer proporcionan utilidad, las que generen dolor proporcionan desutilidad⁴⁶⁹, y el balance entre ambos será lo que guíe las acciones del hombre: «Suma todos los valores de todos los placeres en un lado, y los de todos los dolores en el otro. La balanza, si está del lado del placer, dará la buena tendencia del acto en su conjunto, con respecto a los intereses de esa persona individual; y del lado del dolor, la mala tendencia del mismo en su conjunto»⁴⁷⁰.

Atendiendo a lo anterior, para BENTHAM el deber y único objetivo del Estado es, por tanto, maximizar la felicidad y la seguridad de los ciudadanos. En este sentido, para el autor el objetivo del gobierno tiene que ser la promoción de la felicidad de la sociedad por medio de los castigos y las recompensas, siendo el castigo el objeto del Derecho penal. De acuerdo con su formulación, en la medida en que una conducta tienda a perturbar la felicidad, demandará de su castigo⁴⁷¹.



todo lo que hacemos: todos los esfuerzos que podamos hacer para librarnos de nuestra sujeción, no servirán más que para demostrarla y confirmarla» (BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books Kitchener, 2000, p. 14)

⁴⁶⁹ Resume este principio el autor de la siguiente forma: «Por principio de utilidad se entiende aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia que parezca tener a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en cuestión: o, lo que es lo mismo, a promover u oponerse a esa felicidad. Digo de toda acción, y por tanto no sólo de toda acción de un particular, sino de toda medida de gobierno. Por utilidad se entiende la propiedad de cualquier objeto, por la que tiende a producir beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad, (todo esto en el presente caso viene a ser lo mismo) o (lo que viene a ser lo mismo) a prevenir la ocurrencia de daño, dolor, mal o infelicidad a la parte cuyo interés se considera: si esa parte es la comunidad en general, entonces la felicidad de la comunidad: si un individuo particular, entonces la felicidad de ese individuo» (*Ibid.*, pp. 14-15).

⁴⁷⁰ *Ibid.*, 32.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 61.

Más allá de llevar a cabo una detallada clasificación de las fuentes que pueden producir dolor⁴⁷², BENTHAM describió las características que el castigo debe tener para que sirva al fin defendido. En este sentido explica concretamente que «para una persona considerada por sí misma, el valor de un placer o de un dolor considerado por sí mismo, será mayor o menor, según las cuatro circunstancias siguientes: 1. Su intensidad; 2. Su duración; 3. Su certeza o incerteza; 4. Su proximidad o lejanía»⁴⁷³.

Del mismo modo, este autor abogó por una necesaria proporcionalidad entre los delitos y las penas, al entender que la cantidad (el valor) del castigo no debe ser inferior a lo que sea suficiente para compensar el beneficio del delito⁴⁷⁴. Asimismo, también tuvo en cuenta la disuasión marginal cuando establecía que cuando dos delitos entran en competición, el castigo para el delito más grave de ser suficiente para que el hombre prefiera el castigo menos severo⁴⁷⁵. Por último, para BENTHAM es necesario adaptar el castigo de tal manera que cumpla con la finalidad preventiva y, asimismo, el castigo no puede ser más que el

⁴⁷² Así, las fuentes del dolor se podrían clasificar en cuatro categorías: físico, político, moral o popular y religioso. Aplicado al crimen, tal y como explica PATERNOSTER «Un ejemplo de placer físico sería la sensación de euforia o "subidón" que se obtiene al consumir drogas; un ejemplo de dolor físico sería recibir un disparo de la dueña de la casa al intentar entrar en ella por la noche. El dolor político incluiría el stock de sanciones legales utilizadas por las autoridades. Los ejemplos del placer y el dolor moral o popular de la conducta delictiva incluyen, respectivamente, la sensación de prestigio y reputación que uno puede obtener de algunos como resultado de estar involucrado en un delito y la explosión de censura y libertad condicional recibida de otros más convencionales. El placer religioso consiste en la sensación de una vida posterior recompensada por la buena conducta, y el dolor consiste en la anticipación de la condenación» (PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, p. 771).

⁴⁷³ BENTHAM, J., *An Introduction...*, *ob. cit.* 31.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 141. Del mismo modo, para BENTHAM debe haber una correlación entre la gravedad del hecho y el coste de cometerlo.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 142.

estrictamente necesario como para generar conformidad con las normas⁴⁷⁶.

FEUERBACH (1755 – 1833) y su teoría de la coacción psicológica

FEUERBACH es considerado uno de los padres fundadores del Derecho penal continental moderno⁴⁷⁷ y su influencia, aunque de escaso alcance en el mundo anglosajón, sí escapó de Alemania para influir en la legislación de algunos Estados de Sudamérica, o en la de Suecia donde el Código Penal de Bavaria acogió sus textos como fuentes fundacionales⁴⁷⁸. De esta forma, FEUERBACH es considerado como uno de los diseñadores de un sistema de justicia penal modernizado y, aunque como explica HÖRNLE, «a finales del siglo XVIII, la situación jurídica en los territorios alemanes era bastante sombría», fueron dos los factores que facilitaron la reforma: «los cambios en las ideas filosóficas y políticas imperantes (que se resumirán bajo el

⁴⁷⁶ Explica por un lado que «el castigo debe ajustarse de tal manera a cada delito en particular, que para cada parte de la travesura pueda haber un motivo para impedir que el delincuente la provoque» y, por otro, que «el castigo no debe ser en ningún caso más que lo necesario para ajustarse a las reglas aquí dadas» (*Ibidem.*, p. 142).

⁴⁷⁷ MOCCIA, S., «Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema orientado teleológicamente», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ED.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 73

⁴⁷⁸ HÖRNLE, T., «PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law», en DUBBER, M. (Ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 120. Igualmente, VORMBAUM, T., *Historia moderna del Derecho penal...*, *ob. cit.* Asimismo, como explica PASCUAL MATELLÁN «La teoría de la pena de Feuerbach tuvo gran éxito en el pensamiento penal de su época. Muchos teóricos jóvenes se dejaron seducir por sus postulados y se convirtieron en sus acólitos, otros defendieron postulados similares a los de este autor o a los de otro de la misma época, Bauer, conocido por su teoría de la advertencia, teoría prácticamente idéntica a la de la coacción psíquica. Pocos fueron los que en este momento histórico lograron lo que logró Feuerbach: desarrollar una teoría de la pena capaz de estar en el centro del debate sobre el castigo y ser nombrada, citada, reconocida y repensada como lo fue la suya» (PASCUAL MATELLÁN, L., «Hacia un prevenciónismo...», *ob. cit.*, p. 10). Sobre ello véase también en profundidad GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto...*, *ob. cit.*

epígrafe de “Ilustración”) y los cambios políticos». Con respecto a la función de la pena, la contribución más célebre de FEUERBACH está contenida en su conocido Tratado (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinliche Rechts*), publicado en 1801.

Como describe HÖRNLE, FEUERBACH pretende contribuir a la ciencia y llevar a la cúspide la máxima racionalista⁴⁷⁹ propia de su época. En este sentido, explican ZAFFARONI y HAGEMEIER que

[...] el Iluminismo marca una época filosófico-política del pensamiento penal, en tanto que a partir de las grandes modificaciones de los primeros años del siglo XIX se abre una etapa positivista y científicista. [...] Por otra parte, llega a su máximo esplendor en Alemania el pensamiento racionalista, encontrándose Feuerbach, precisamente, en la cúspide de este racionalismo y al borde del romanticismo que habría de seguirle⁴⁸⁰.

Si bien son muchos los aspectos que merecen un análisis de mayor profundidad, en este caso nos interesa lo que FEUERBACH teorizó acerca del castigo, en concreto, su teoría de la coacción psicológica⁴⁸¹. Para este autor, contemporáneo de BENTHAM, el

⁴⁷⁹ En este sentido, FEUERBACH comparte con BECCARIA y BENTHAM precisamente la influencia de las ideas filosóficas de la Ilustración. En palabras HÖRNLE, para FEUERBACH «El Derecho penal no debe entenderse como un asunto de tradición o como una proscripción por mandatos religiosos, sino como una empresa humana que requiere justificación y fundamentos filosóficos (no metafísicos). Esta comprensión de la *Rechtswissenschaft*, de la ciencia jurídica, se basa en varios principios que se asocian a la Ilustración: secularización, racionalización y humanización del derecho» (HÖRNLE, T., «PJA von Feuerbach...», ob. cit., p. 122).

⁴⁸⁰ ZAFFARONI, E. R., y HAGEMEIER, I., «Ensayo preliminar», en FEUERBACH, A. V., *Tratado de derecho penal (Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer)*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 15.

⁴⁸¹ Basada en una determinada concepción del hombre, expresada de la siguiente manera: «Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la

fin de la pena debe ser el de intimidar a los potenciales infractores. Sin embargo, el enfoque de la teoría del autor alemán difiere de lo propuesto por BECCARIA y BENTHAM en que, si bien para estos dos últimos la intimidación puede producirse a partir de la imposición y ejecución de la pena en el delincuente, para FEUERBACH lo realmente importante es la conminación, siendo la imposición un aseguramiento de la veracidad de la amenaza. En palabras de RODRÍGUEZ HORCAJO, «para Feuerbach lo central de la pena es el momento de la amenaza y su funcionamiento como mecanismo psicológico primitivo, para Bentham lo importante es la imposición del dolor como mecanismo prudencial»⁴⁸². FEUERBACH entiende que la función de la pena solo puede ser la de la prevención general quedando esta cumplida cuando se establece un castigo para un determinado delito. Esto es, el establecimiento de la norma penal, su enunciación y conminación, servirían por sí mismas a la prevención⁴⁸³. Para el autor, el delito traería su «causa psicológica en la sensualidad»⁴⁸⁴, que lo predispone a su realización mediante la cual encuentra el placer. La ley, más concretamente, la conminación legal puede servir, por tanto, para cancelar ese impulso «sensual» cuando el sujeto sepa que «a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho»⁴⁸⁵. En este sentido, para que la ley pueda prevenir la comisión de delitos futuros es necesario que, en primer lugar, «una ley establezca como necesaria consecuencia del hecho (conminación legal)». Pero, además, para que esa convicción general tenga lugar y, por tanto, la amenaza sea

que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que *a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho*» (FEUERBACH, A. V., *Tratado de derecho penal (Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer)*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 52).

⁴⁸² RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Pena (Teoría de la...», *ob. cit.*, p. 226.

⁴⁸³ MATERNI, M. C., «Criminal Punishment and the Pursuit of Justice», en *Br. J. Am. Leg. Studies*, vol. 2, núm. 1, 2013.

⁴⁸⁴ FEUERBACH, A. V., *Tratado de...*, *ob. cit.*, p. 52.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

creíble («para que en la imaginación de todos se asiente en la realidad»⁴⁸⁶, dice FEUERBACH), no bastará que en la ley se establezca el mal con el que se amenaza (la pena), sino que esa conminación deberá «mostrarse en relación en la realidad, a cuyo efecto, apenas la contravención haya tenido lugar, deberá ser infligido que con ella se conecta (ejecución)»⁴⁸⁷. Así, la teoría de la coacción psicológica para FEUERBACH estaría compuesta por dos fases. Para que la pena pueda cumplir con el objetivo de «la intimidación de todos como posibles protagonistas de las lesiones jurídicas»⁴⁸⁸, es necesario que se realice esa comunicación a la generalidad mediante la enunciación de la norma y la pena asociada a su contravención, pero, asimismo, es necesario que esa ley sea percibida por los ciudadanos como efectiva, para lo cual es imprescindible que la misma sea ejecutada cuando el delito ya ha tenido lugar, siendo la ejecución «un mal necesario para confirmar la seriedad de aquella amenaza y hacerla eficaz»⁴⁸⁹. Por último, la intensidad con la que debe llevarse a cabo la conminación quedaría al arbitrio del legislador, a la «sabiduría legislativa del estado», esto es, a la política criminal, pero en todo caso la coacción defendida por el autor es al «coacción necesaria», es decir, la necesaria para cumplir con el fin propuesto y no otra superior⁴⁹⁰.

3.3. LA CRÍTICA A LA ESCUELA CLÁSICA Y SU OLVIDO

Hoy día, con la perspectiva de análisis que concede el trascurso del tiempo y el conocimiento de cómo se han ido desarrollando las teorías en torno al castigo y a la función que debe cumplir la pena en el Derecho penal, se puede decir que la Escuela clásica de la disuasión o de la prevención intimidatoria sienta las bases de lo que es el Derecho penal moderno. De hecho, es habitual que en los artículos y manuales que tratan la cuestión de la

⁴⁸⁶ *Ibidem.*

⁴⁸⁷ *Ibidem.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁴⁸⁹ PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: nociones generales», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, 2015, p. 268.

⁴⁹⁰ VORMBAUM, T., *Historia moderna...*, *ob. cit.*,

disuasión se haga una referencia a que ésta es la estrategia o la razón criminalizadora que se encuentra detrás de nuestro sistema de justicia actual⁴⁹¹. Del mismo modo, no resulta posible a ningún interesado en la materia, acercarse al estudio de la disuasión sin acercarse también, aunque sea mínimamente, al trabajo de estos intelectuales.

Ahora, con una mirada retrospectiva, efectivamente se puede convenir en que, con las aportaciones de autores como FEUERBACH, BECCARIA o BENTHAM entre otros, se asentaron las bases de los actuales entendimientos de la función de la pena⁴⁹² y su finalidad preventiva, y todo con el valor añadido de que cuando estos intelectuales formularon sus teorías no disponían de estudios científicos sobre los efectos del Derecho penal, teniendo que descansar sus obras en sus propias observaciones⁴⁹³ y en la filosofía normativa y racional para su formulación⁴⁹⁴. Pese a ello, muchos de sus planteamientos han estimulado dos siglos después una ingente literatura empírica sobre los presupuestos de la disuasión e incluso algunos de ellos han resultado ser realmente proféticos, como la importancia de

⁴⁹¹ Así, por ejemplo, LARRAURI, E., *Introducción...*, *ob. cit.* En el caso de Estados Unidos, PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating...», *ob. cit.* Del mismo modo, MEDINA ARIZA afirma que «estas ideas son las bases de los aparatos de justicia penal contemporáneos, y la influencia de estos discursos todavía se percibe en nuestros días» (MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.* p. 37)

⁴⁹² Como señala PASCUAL MATELLÁN, «Posicionarse a favor de la disuasión como finalidad de la pena equivale a mostrarse favorable a la prevención general negativa que es exactamente lo mismo siempre y cuando la primera se dirija a toda la ciudadanía. La prevención general negativa o disuasión es una finalidad de la pena que se encuentra presente dentro de las teorías mixtas y que, en realidad, siempre ha gozado de relevancia cuando se alude a la función que se persigue con el Derecho penal» (PASCUAL MATELLÁN, L., «Hacia un prevenciónismo...», *ob. cit.* p. 7).

⁴⁹³ En este sentido, en el caso de BECCARIA ha quedado documentado que antes de escribir su tratado pudo presenciar y observar cómo eran las prisiones y el tratamiento penal en el sistema de justicia criminal, gracias a uno de los hermanos VERRI (véase nota núm. 442).

⁴⁹⁴ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

la certeza sobre la severidad de la sanción pronosticada por BECCARIA⁴⁹⁵.

Pese a ello, no es menos cierto que la teoría de la disuasión tras su protagonismo inicial quedó desplazada por otras perspectivas positivistas a partir de 1900, predominando las explicaciones biológicas del delito, el determinismo genético, la inteligencia innata, etc⁴⁹⁶. Posteriormente adquirieron protagonismo las explicaciones sociológicas como la teoría de la tensión (*Strain Theory*⁴⁹⁷), la asociación diferencial⁴⁹⁸, la teoría del vínculo social (*Social Bond Theory*⁴⁹⁹), o la teoría del aprendizaje social^{500/501}. En palabras de COOK, «los criminólogos tendían a considerar la disuasión como una construcción teórica arcaica asociada a Bentham, Beccaria y otros estudiosos algo ingenuos del pasado lejano»⁵⁰². De esta manera, la criminología dio la espalda a estos autores prácticamente durante dos siglos porque se consideraba que las ideas expuestas por ellos eran demasiado

⁴⁹⁵ BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory...», *ob. cit.*, p. 26.

⁴⁹⁶ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

⁴⁹⁷ MERTON, R. K., «Social Structure and Anomie», en *American Sociological Review*, vol. 3, núm. 5, 1938; AGNEW, R., «Building on the Foundation of General Strain Theory: Specifying the Types of Strain Most Likely to Lead to Crime and Delinquency», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 38, núm. 4, 2001.

⁴⁹⁸ MATSUEDA, R. L., «The Current State of Differential Association Theory», en *Crime & Delinquency*, vol. 34, núm. 3, 1988.

⁴⁹⁹ HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, University of California Press, Berkeley, 1969.

⁵⁰⁰ AKERS, R. L., y JENNINGS, W. G., «Social Learning Theory», en PIQUERO, A. R. (ED.), *The Handbook of Criminological Theory*, Wiley Blackwell, 2016.

⁵⁰¹ Así, explica PATERNOSTER (PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, p. 772) que cuando empezó a desarrollarse la criminología, no lo hizo basándose en los cimientos que suponen el trabajo de BECCARIA o BENTHAM, sino sobre los modelos biológicos y psicológicos de psiquiatras como PINEL, PRITCHARD o RUSCH, y que tenían en común la creencia de que el comportamiento criminal era el resultado de una mente enferma.

⁵⁰² COOK, P. J., «Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade», en *Crime & Justice*, vol. 2, 1980, p. 212.

simples como para explicar el crimen⁵⁰³ y cómo se podía hacer frente al mismo⁵⁰⁴. De acuerdo con PATERNOSTER, para la mayoría de los criminólogos de la primera mitad del s. XX el crimen era una cuestión especialmente compleja e importante y, por tanto, requería de una respuesta igualmente seria⁵⁰⁵, predominando en aquél entonces la ideología de la rehabilitación. Así, tal y como explica ANDENAES «el lema “el castigo (que en este contexto significa la amenaza de castigo) no disuade de la delincuencia” se aceptó alegremente sobre la base de las evidencias más tenues»⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Así, para VON HENTING (Editor asociado de la *Journal of Criminal Law and Criminology*) la teoría propuesta por BENTHAM basada en la idea de costes y beneficios y de la motivación de las personas sobre la base de la evaluación de las consecuencias era una propuesta que «parece irreal y simplista, cuando pensamos en la enorme multiplicidad y complicación de la vida» (VON HENTING, H., «Limits of Deterrence», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 29, Winter, 1938, p. 560).

⁵⁰⁴ En este sentido, por ejemplo, SUTHERLAND expresa esta crítica tras exponer brevemente las propuestas de la escuela clásica: «La psicología que subyace a esta teoría es ahora generalmente cuestionada. Es individualista, intelectualista y voluntarista. Asume la libertad de la voluntad de una manera que da poca o ninguna posibilidad de investigar las causas del crimen o de los esfuerzos para prevenirlo. Todas las escuelas que se desarrollaron con posterioridad aceptaron la hipótesis de la causalidad natural y por eso a veces se las llama positivistas» (SUTHERLAND, E. H., *Principles of Criminology, Fourth Edition*, J. B. Pippincott Company, USA, 1947, p. 51. Disponible en: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.34192/page/n3/mode/2up>)

⁵⁰⁵ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, p. 773.

⁵⁰⁶ ANDENAES, J., «General Prevention...», *ob. cit.*, p. 339. En esta línea, en un también conocido artículo publicado en la *Journal of Criminal Law and Criminology*, APPEL y PETERSON concluyeron sobre un estudio empírico en relación con el comportamiento desde una perspectiva psicológica que: «se han presentado pruebas de experimentos con animales que parecen indicar que, aunque el castigo puede suprimir una respuesta y lo hace, es por sí mismo (es decir, cuando no tiene otras propiedades), esencialmente una forma ineficaz de controlar o eliminar el comportamiento del organismo castigado» (APPEL, J. B., y PETERSON, N., «What's wrong with punishment?», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 56, Winter 1965, p. 453.)

Pese a lo anterior, si bien se produjo una tímida (por poco numerosa) defensa de la teoría de la disuasión⁵⁰⁷ por medio de diversas publicaciones en la *Journal of Criminal Law and Criminology*⁵⁰⁸, es a partir de los años 60 cuando se produce un renacimiento de la teoría de la disuasión⁵⁰⁹, no tanto en cuanto a

⁵⁰⁷ Aunque más que una defensa, lo que se ponía de relieve es la necesidad de ser prudentes con la teoría de la disuasión y tratar de analizar empíricamente en qué medida la misma tenía una correspondencia con la realidad, en lugar de, como se había venido haciendo en aquella época, descartar sin más la estrategia disuasoria por considerar el castigo algo obsoleto, cruel y arcaico. Así, por ejemplo, BALL explica que si bien la mayoría de los juristas estaban a favor de la disuasión y entendían que ésta era necesaria para el mantenimiento del sistema legal y la preservación de la sociedad, entre los criminólogos la opinión al respecto era totalmente distinta. De conformidad con BALL, «Al no estar preocupados principalmente por el mantenimiento de un conjunto más o menos coherente de normas jurídicas, los criminólogos estadounidenses han descartado con frecuencia el principio de disuasión como injustificable. De hecho, algunos reformistas penales parecen considerar la disuasión y todas las formas de castigo como estigmas de la barbarie. Por ejemplo, se ha sugerido que se abandone el castigo como política, que la disuasión es ineficaz y que el propio concepto es falaz, ya que se basa en instalar el miedo en la población. O para citar una expresión extrema de este punto de vista: "Si la comunidad no puede permitirse tanto a la policía como a los expertos en orientación, entonces haría mejor en elegir a los expertos en orientación". Aparentemente, la policía y la ley tienen una importancia secundaria. Y la disuasión no necesita ser considerada en absoluto». Asimismo, lamenta BALL que los aspectos disuasorios del castigo se hayan dejado de lado por parte de los científicos sociales a favor de la rehabilitación. A su juicio, ese descarte se produjo de forma totalmente prematura, y sugiere algunas líneas de investigación para analizar empíricamente en qué medida la disuasión es efectiva (BALL, J., «The Deterrence Concept in Criminology and Law», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 46, 1955, pp. 348-349).

⁵⁰⁸ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*

⁵⁰⁹ En este sentido, reporta NAGIN que «el sistema de justicia penal amenaza con castigar a los infractores de la ley, a través del poder de la policía para detener e investigar, el poder judicial para juzgar y sentenciar, y el poder de los organismos penitenciarios para administrar el castigo. Desde Jeremy Bentham y Cesare Beccaria, los estudiosos han especulado sobre los efectos disuasorios de las sanciones oficiales, pero los esfuerzos sostenidos para verificar los efectos disuasorios empíricamente no comenzaron hasta la década de 1960» (NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century», en *Crime and Justice*, vol. 23, 1998, p. 2). Véase

la discusión normativa de la misma o de sus elementos sino por medio del interés científico de comprobar empíricamente si los presupuestos fáctico-normativos enunciados por los pensadores de la Ilustración, tenían realmente la capacidad de motivación que estos autores le atribuían. Según NAGIN fueron tres los principales factores que facilitaron esta recuperación de la teoría de la disuasión. En primer lugar, los cambios tecnológicos y el incremento en la disponibilidad de ordenadores y programas estadísticos que eran útiles para analizar los datos sobre el crimen. En segundo lugar, por el incremento de los delitos que se produjo en esa misma década. Y, en tercer lugar, por un factor intelectual del máximo peso cual es la publicación en 1968 del célebre trabajo «*Crime and Punishment: An Economic Approach*» de BECKER⁵¹⁰, cuyo enfoque se estudiará en el próximo capítulo.



también PATERNOSTER, R., «Perceived certainty and severity of punishment: A review of the evidence and issues», en *Justice Quarterly*, vol. 4, núm. 2, 1987.

510 NAGIN, D. S., «Deterrence in the Twinty-First Century» en *Crime and Justice*, vol. 42, 2013.

CAPÍTULO IV. EL RENACIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA DISUASIÓN CON EL ENFOQUE ECONÓMICO, LA CRIMINOLOGÍA Y LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO

1. EL ENFOQUE ECONÓMICO DE BECKER

1.1. EL PARADIGMA DE LA UTILIDAD

Una contribución esencial a la teoría de la disuasión fue la realizada por Gary BECKER en 1968 en su trabajo *Crime and punishment: an economic approach* publicado en la revista *Journal of Political Economy*^{511/512} y cuyos trabajos le merecieron el Premio Nobel de Economía en 1992⁵¹³. En concreto, este trabajo supuso un punto de inflexión en la teoría de la disuasión en la medida en que con él se recuperó un interés por la misma⁵¹⁴ que hasta el momento había quedado denostada y apartada en favor de otras

⁵¹¹ BECKER, G., «Crime and Punishment: an Economic Approach», en *Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, 1962.

⁵¹² Posiblemente, uno de los trabajos más citados en materia del enfoque económico del crimen (CHALFIN, A. J., y TAHAMONT, S., «The Economics of Deterrence: A Review of the Theory and Evidence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018)

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ Así, para NAGIN, D. S., «Deterrence in the Twenty...», *ob. cit.*, p. 45, este trabajo de BECKER supuso la primera formalización moderna de la concepción de la disuasión realizada por BECCARIA y BENTHAM. Del mismo modo, el propio BECKER explicitó en su artículo que con este trabajo pretendía recuperar y revivir algunas ideas de estas teorías: «Desafortunadamente, este enfoque ha perdido el interés durante los últimos cien años, y mis esfuerzos pueden verse como una resurrección, una modernización y, por tanto, espero que una mejora, de estos estudios pioneros anteriores» (BECKER, G., «Crime and punishment...», *ob. cit.*, p. 45).

teorías y el positivismo criminológico⁵¹⁵. Pero también porque supuso una renovación del entendimiento de la teoría de la disuasión y su reformulación como una teoría neoclásica del comportamiento criminal⁵¹⁶. En concreto, si bien BECKER bebe de la teoría de BENTHAM, la mejora en dos sentidos: en primer lugar, descarta el concepto de placer o de felicidad y dolor (difíciles de medir) y lo sustituye por las preferencias observables a partir de las elecciones; y, en segundo lugar, emplea el lenguaje matemático para optimizar el sistema de sanciones penales⁵¹⁷.

En este trabajo, BECKER basándose en la teoría microeconómica de toma de decisiones en condiciones de incertidumbre⁵¹⁸, parte de la idea de que las decisiones que realizan los infractores no son muy diferentes de las decisiones que realizan los consumidores o los trabajadores, donde con ellas, en definitiva, se persigue la maximización de la utilidad o la satisfacción del consumo de determinados bienes y servicios⁵¹⁹. Tal y como explican CHALFIN y TAHAMONT⁵²⁰, al igual que los consumidores «los infractores toman decisiones sobre la base de los costes marginales y los beneficios», y en la medida en que ello es así, la disuasión puede entenderse como

⁵¹⁵ Así, el propio BECKER sugiere que: «una teoría útil de la conducta delictiva puede prescindir de las teorías especiales de la anomia, de las insuficiencias psicológicas o de la herencia de rasgos especiales y ampliar simplemente el análisis habitual del economista sobre la elección» (BECKER, G., «Crime and punishment...», *ob. cit.*, p. 2).

⁵¹⁶ GRIGORYEVA, M. S., y MATSUEDA, R. L., «Rational Choice, Deterrence, and Crime: Sociological Contributions», en BRUINSMA, G., y WEISBURD, D. (EDS.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, New York, 2014.

⁵¹⁷ HAREL, A., «Criminal Law as an Efficiency-Enhancing Device: The Contribution of Gary Becker», en DUBBER, M. (ED.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁵¹⁸ VÁSQUEZ DUQUE, O., *Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 103 y ss.

⁵¹⁹ BECKER, G., «Crime and punishment...», *ob. cit.*

⁵²⁰ CHALFIN, A. J., y TAHAMONT, S., «The Economics...», *ob. cit.*

un concepto económico⁵²¹. Bajo estas asunciones, BECKER lleva a cabo uno de los primeros modelos económicos del crimen bajo el paradigma de la utilidad (*Expected Utility Model*). La idea central de la propuesta de BECKER es que el potencial infractor que debe enfrentar la decisión de si infringir una norma o no, es decir, si cometer un delito o no, en realidad, está frente a una apuesta en la que debe tomar una decisión valorando los posibles resultados de esta en función de la utilidad esperada para su bienestar. Estos resultados en función de la utilidad de la decisión pueden ser tres:

- a) La primera posible opción sería valorar la utilidad de no cometer el delito y, por lo tanto, renunciar a los posibles beneficios derivados de la actividad criminal (U_{NC}).
- b) La segunda opción posible sería la comisión de un delito, pero evitando ser aprehendido por las autoridades y, por lo tanto, evitando ser castigado (U_{C1}).
- c) Y la tercera posibilidad sería valorar la utilidad de cometer un delito, ser aprehendido y, por ello, castigado (U_{C2}).

De lo anterior se deriva que, como explican CHALFIN y MCCRARY⁵²², un delito solamente «valdrá la pena» o será útil para el potencial infractor cuando la utilidad esperada sea superior a la utilidad de abstenerse de realizar el delito⁵²³, lo cual estos dos autores lo representan mediante la siguiente función:

⁵²¹ En este sentido, como explica NAGIN, «la disuasión es una teoría de la elección en la que los posibles delincuentes sopesan los beneficios y los costes del delito» (NAGIN, D. S., «Deterrence in the Twenty...», *ob. cit.*, p. 205).

⁵²² CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence: A Review of the Literature», en *Journal of Economic Literature*, vol. 55, núm. 1, 2017.

⁵²³ Así, para BECKER: «El enfoque adoptado aquí sigue el análisis habitual de los economistas sobre la elección y asume que una persona comete un delito si la utilidad esperada para él supera la que podría obtener utilizando su tiempo y otros recursos en otras actividades. Por lo tanto, algunas personas se convierten en "delincuentes", no porque su motivación básica difiera de la de otras personas, sino porque sus beneficios y costes difieren» (BECKER, G., «Crime and punishment...», *ob. cit.*, p. 9).

$$(1-p) U_{C1} + pU_{C2} > U_{NC}$$

Asimismo, BECKER también operativiza los elementos que desincentivarían la utilidad de la comisión del delito o las fuentes de insatisfacción asociadas con la aprehensión del sujeto, esto es, la severidad de la sanción. Esta queda operativizada como un factor exógeno (f). Este factor podría asociarse fácilmente con la duración de una sentencia (severidad), pero como sostienen CHALFIN y TAHAMONT podría tener o manifestarse con diversas características, como, por ejemplo, «incluyendo la magnitud de la sanción monetaria, la duración de la condena, las condiciones en las que se cumplirá la condena y el grado de estigmatización social que conlleva una sanción penal, todo lo cual es probablemente heterogéneo en la población⁵²⁴». Por otro lado, la utilidad asociada con la decisión consistente en abstenerse de cometer el delito (U_{NC}) dependerá también de la habilidad de los individuos de derivar una utilidad por la realización de actividades legales. Así, por ejemplo, esta última utilidad se ha solido asociar con los salarios del mercado laboral. Cuando éstos aumentan, también aumenta la utilidad de no cometer el delito (U_{NC}). Pero, si bien el Gobierno puede tener algo de control sobre lo anterior, también es cierto que tiene más control sobre la utilidad de cometer el delito con la probabilidad de aprehender al infractor (U_{C2})⁵²⁵. De esta manera, teniendo en cuenta lo anterior, la función quedaría reformulada como sigue:

$$EU = pU(Y-f) + (1-p) U(Y)$$

En esta función « Y » representa las ganancias asociadas con cometer el delito y salir indemne (económica o físicamente). De esta manera, aquí el crimen solamente ocurriría si $EU > U_{NC}$ ⁵²⁶.

⁵²⁴ CHALFIN, A. J., y TAHAMONT, S., «The Economics...», *ob. cit.*, p. 35.

⁵²⁵ CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*

⁵²⁶ Así, POGARSKY, ROCHE y PICKETT explican esta función de la siguiente manera: «el actor elige entre una determinada oportunidad delictiva o quedarse con el statu quo. Los agentes económicos evalúan su

Tras el célebre trabajo de BECKER siguieron formulándose otros modelos económicos⁵²⁷ que adquirieron relevancia⁵²⁸, pero en

bienestar con una función de utilidad, U^* , que recalibra las consecuencias disímiles (por ejemplo, la cárcel frente al dinero) en unidades similares (útil) con fines evaluativos y comparativos. Abstenerse de cometer un delito específico da como resultado U (statu quo). En cambio, delinquir es una vía incierta. Hay tres variables que ayudan a captar esta incertidumbre: p , la probabilidad de ser detectado y castigado; Y , los beneficios que el actor espera obtener al cometer el delito; y f , el castigo en caso de ser descubierto. Con la probabilidad $(1-p)$, el actor elude la captura y experimenta $U(Y)$. Con la probabilidad p , el actor es capturado y castigado. En este caso, un castigo de f se resta de los beneficios de delinquir, y . El actor experimenta, por tanto, $U(Y-f)$. La utilidad esperada del delito es una valoración global (media ponderada) del riesgo y las consecuencias» (POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology: Contributions from Behavioral Economics», en *Annual Review of Criminology*, 2018, p. 381).

⁵²⁷ En este sentido, explica HAREL que «Los escritos de Becker fueron seguidos por otros teóricos del derecho y la economía, como Richard Posner, Steven Shavell y otros. Los escritos de Posner y Shavell desafiaron a Becker desde la tradición neoclásica. En ocasiones, ampliaron sus resultados y, en otras, cuestionaron algunas de sus conclusiones» (HAREL, A., «Criminal Law...», *ob. cit.*, p. 299).

⁵²⁸ CHALFIN y TAHAMONT resumen los más relevantes. De conformidad con estos autores «A lo largo de los años, el modelo de Becker (1968) ha sido refundido y ampliado, sobre todo por Block y Heineke (1975), Ehrlich (1973), Heineke (1978), Polinsky y Shavell (1999), Schmidt y Witte (1984), Witte (1980) y, más recientemente, utilizando enfoques dinámicos descritos en Huan, Laing y Wang (2004), y Lee y McCrary (2009)» (CHALFIN, A. J., y TAHAMONT, S., «The Economics...», *ob. cit.*, p. 33). Las obras y publicaciones a las que se refieren son las siguientes: BLOCK, M. K., y HEINEKE, J. M., «A Labor Theoretic Analysis of the Criminal Choice», en *American Economic Review*, vol. 65, 1975; EHRLICH, I., «Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation», en *Journal of Political Economy*, vol. 81, 1973; HEINEKE, J., *Economic Models of Criminal Behavior*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1978; POLINSKY, A. M., y SHAVELL, S., «On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence», en *Journal of Legal Studies*, vol. 28, 1999; SCHMIDT, P., y WITTE, A. D., *An Economic Analysis of Crime and Justice: Theory, Methods, and Applications*, Academic Press, Orlando, 1984; WITTE, A. D., «Estimating the Economic Model of Crime With Individual Data», en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 94, 1980; HUANG, C-C, LAING, D., y WANG, P., «Crime and Poverty: A Search-Theoretic Approach», en *International Economic Review*, vol. 45, 2004; LEE, D. S., y MCCRARY, J., «The Deterrent Effect of Prison: Dynamic Theory and Evidence», Emerald Publishing Limited, 2017.

todo caso, como entienden CHALFIN y MCCRARY, si bien es cierto que las predicciones sobre la conducta de los potenciales infractores dependerá de las asunciones detrás del modelo y la forma de la función, de la representación matemática de la utilidad del delincuente, también lo es que las extensiones posteriores del modelo económico no dejan de ser un «espejo» de las implicaciones realizadas en su momento por BECKER⁵²⁹. A riesgo de simplificar demasiado, las predicciones básicas tanto en BECKER como en EHRLICH⁵³⁰ serían: a) la oferta de delitos disminuirá conforme aumente la probabilidad de aprehensión; b) la oferta de delitos disminuirá en la medida en que se incremente la severidad de las sanciones; c) la oferta de delitos disminuirá en la medida en que aumente el coste de oportunidad⁵³¹.

⁵²⁹ CHALFIN, A. J., y TAHAMONT, S., «The Economics...», *ob. cit.*, p. 33

⁵³⁰ En el caso de EHRLICH y a diferencia de Becker, éste modeliza la decisión de infringir en función de la distribución del tiempo entre actividades legales y actividades ilegales. Como explican de forma clara MARTÍN SEGURA y NAVARRO ESPIGARES, «el modelo de Isaac Ehrlich, hace un análisis de la decisión del individuo en razón de la distribución del tiempo entre actividades legales (t_l) e ilegales (t_i). Así, la actividad legal generará unos rendimientos ciertos $W_l(t_l)$ que dependerán del tiempo dedicado a las mismas, y la actividad ilegal otros $W_i(t_i)$, pero dependiendo de que ocurran uno de los dos estados posibles: ser detenido o no. La pena o sanción $F_i(t_i)$ también dependerá del tiempo dedicado a las actividades ilegales. En estas circunstancias, el valor monetario de los costes y beneficios será distinto, dependiendo de la probabilidad p de ser arrestado y condenado, o de no serlo ($1-p$). Así la riqueza generada, en caso de ser arrestado y condenado, por sus actividades legales e ilegales sería X_a , mientras que la riqueza esperada si el individuo no es capturado sería X_b . Analíticamente podríamos representarlas así: $X_a = W' + W_l(t_l) - F_i(t_i) + W_i(t_i)$; $X_b = W' + W_l(t_l) + W_i(t_i)$. Por tanto, dado que el valor de la probabilidad p viene determinado exógenamente, el individuo tendrá que decidir la cantidad de tiempo que dedica a delinquir de forma que maximice su utilidad esperada, que no sería más que la suma de las utilidades de cada uno de los dos estados anteriores: $EU = p U(X_a) + (1-p) U(X_b)$ » (MARTÍN SEGURA, J. A., y NAVARRO ESPIGARES, J. L., «Metodología econométrica para el análisis económico del delito. Los modelos de datos de panel», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 5, 2007, p. 3).

⁵³¹ CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*, p. 10.

Más allá de las críticas que se le pueden realizar a este enfoque⁵³², lo cierto es que como se propone, el mismo tiene unas implicaciones en materia de política pública importantes⁵³³. En primer lugar, siguiendo a SERRANO MAÍLLO, con este enfoque se asentó la idea de que no es posible erradicar completamente el crimen, para lo cual se requerirían (desde un punto estrictamente económico⁵³⁴) unos recursos y medios inasumibles, cuando es conocido que los recursos con los que

⁵³² Véase una recopilación de ellas en DOMÉNECH, G., «Por qué y cómo...», *ob. cit.*

⁵³³ En concreto, como exponen CLARK y CORNISH, los modelos económicos vinieron a dar relevancia a los siguientes aspectos en relación con la elección racional: «i) Independientemente de sus limitaciones actuales, los modelos económicos de toma de decisiones delictivas desmitifican y rutinizan efectivamente la actividad delictiva. Se asume a priori que el delito implica un cálculo racional y se considera esencialmente como una transacción económica o una cuestión de elección ocupacional - una visión compatible con muchos de los recientes estudios sociológicos y criminológicos sobre el trabajo delictivo [...] ii) Dichos modelos económicos están ampliando actualmente su análisis más allá de los delitos motivados predominantemente por el beneficio económico. [...] iii) Los modelos económicos sugieren que está justificado que los organismos encargados de la aplicación de la ley actúen sobre la base de que los delincuentes son disuasorios; por lo tanto, ofrecen algunos motivos de optimismo y sugieren una serie de factores (más allá de la preocupación de la teoría tradicional de la disuasión por la certeza y la severidad del castigo) que podrían manipularse en interés del control de la delincuencia» (CLARK, R. V., y CORNISH, D. B., «Modeling Offenders' Decisions: A Framework for Research and Policy», en *Crime and Justice*, vol. 6, 1985, p. 156-157)

⁵³⁴ Se hace este matiz porque evidentemente son muchas más las razones que estarían implicadas en la toma de decisiones en materia de política penal, entre ellas y con gran peso las de índole valorativo. Así, una de las críticas al enfoque económico es precisamente que prescinde de una teoría normativa y, por esta razón, no ha sido un enfoque especialmente acogido en materia penal y, especialmente, entre nuestra dogmática. Según ORTIZ DE URBINA: «Semejante pretensión de asepsia valorativa parece chocar frontalmente con las características de un derecho como el penal, presidido por ideas y conceptos profundamente teñidos de consideraciones éticas. El choque era previsible, y se produjo, trayendo consigo importantes problemas para la recepción del enfoque en este ámbito» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del Derecho y política criminal...», *ob. cit.*, pp. 50-51)

cuenta el Estado para combatir el crimen son limitados⁵³⁵. En la medida en que ello es así, no todos los delitos pueden ser perseguidos, ni se pueden dedicar los mismos recursos y atención a todos ellos, por lo que es necesario basar la toma de decisiones en este ámbito conforme a criterios de costes y beneficios⁵³⁶. En segundo lugar, porque un modelo como el propuesto por BECKER o por EHRLICH supondría una guía de ruta clara para un legislador cuya aspiración sea ser eficaz (y eficiente) en la prevención del delito⁵³⁷. Así, estos modelos

⁵³⁵ Así BECKER expresa que el propósito de su investigación es precisamente poder contribuir a decidir cómo deberían de distribuirse los recursos en política penal teniendo en cuenta cómo interactúan los elementos de la función de la utilidad: « En primer lugar, la obediencia a la ley no se da por sentada, y generalmente se gastan recursos públicos y privados tanto para prevenir los delitos como para detener a los infractores. En segundo lugar, la condena no suele considerarse un castigo suficiente en sí mismo, sino que se imponen castigos adicionales y a veces severos a los condenados. ¿Qué determina la cantidad y el tipo de recursos y castigos utilizados para hacer cumplir una legislación? En particular, ¿por qué la aplicación difiere tanto entre los distintos tipos de legislación? El objetivo principal de este ensayo es responder a las versiones normativas de estas preguntas, es decir, ¿cuántos recursos y cuántos castigos deben utilizarse para hacer cumplir los diferentes tipos de legislación? Dicho de forma equivalente, aunque más extraña, ¿cuántas infracciones deberían permitirse y cuántos infractores deberían quedar impunes?» (BECKER, G., «Crime and punishment...», *ob. cit.*, p. 2). En palabras de GAROUPA: «Detener, perseguir y castigar a los delincuentes puede resultar caro. Los responsables políticos, naturalmente, querrán equilibrar estos costes con las ventajas de reducir la delincuencia a la hora de tomar decisiones políticas. En la mayoría de los modelos, la cantidad óptima de disuasión no elimina la delincuencia por completo. Esto se debe a que la erradicación de la delincuencia es costosa y tiene un beneficio social decreciente. Los responsables políticos querrán asignar sus limitados recursos para lograr la disuasión al menor coste, es decir, tratarán de alcanzar su objetivo de forma eficiente» (GAROUPA, N., «The Theory of Optimal Law Enforcement», en *Journal of Economic Surveys*, vol. 11, núm. 3, 1997, p. 267)

⁵³⁶ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 309.

⁵³⁷ Del mismo modo, también vendría a aportar un enfoque en el cual se tengan en cuenta otros factores o alternativas más allá del empleo de la disuasión. Como explica SILVA SÁNCHEZ (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc. 1, 1996, p. 103) «de la teoría del comportamiento racional se extrae una consecuencia nada desdeñable en el cuadro general de una Política criminal

mostrarían que la probabilidad de cometer un delito podría verse reducida con, por ejemplo, aumentos en las unidades de las variables de la certeza y la disuasión⁵³⁸, o también mediante la reducción de los beneficios del delito⁵³⁹, entre las distintas alternativas posibles.

1.2. DOS CRÍTICAS AL ENFOQUE ECONÓMICO CLÁSICO

Indefinición de la función de utilidad y la necesidad de un enfoque interdisciplinar.

Ante el esquema anteriormente propuesto cabe, sin embargo, encontrar un problema con la propia definición de utilidad y

humana: a saber, si lo que mueve al delincuente es que el delito le reporta más beneficios que un comportamiento legal alternativo, parece evidente que la criminalidad no sólo se afecta por variables en la disuasión, que introduzcan mayores costes sobre la acción delictiva, sino también por variables en las alternativas legales, que las hagan aparecer como más beneficiosas: por ejemplo, una reducción del paro».

⁵³⁸ GRIGORYEVA, M. S., y MATSUEDA, R. L., «Rational Choice...», *ob. cit.*

⁵³⁹ Así, como se ha comentado, también se tiene en cuenta la posibilidad de que pueda convertirse en menos atractivo la comisión de los delitos cuando disminuyen los beneficios y se fomentan otras alternativas. Por ejemplo, una forma sería a través de un mercado laboral legal próspero. Sin embargo, no es menos cierto que la perspectiva económica o, como se le ha denominado, del análisis económico del derecho, ha tendido más a identificar sus propuestas con la manipulación de los elementos punitivos del castigo (severidad y certeza del castigo, básicamente) que con la manipulación de otras variables que no tienen tanto que ver con las medidas punitivas o legales, sino con elementos de prevención o de control social informal, bien sea por la convicción de que resulta más difícil que el Estado tenga control suficiente con los incentivos positivos, bien sea porque se ha criticado que el enfoque económico es especialmente conservador. Pero, como afirma ORTIZ DE URBINA GIMENO, «qué duda cabe, el criterio general de ubicar los recursos allí donde estos obtengan rendimientos más elevados incluye la posibilidad de usarlos en programas de prevención primaria, de resocialización o de mejora de las perspectivas laborales. Todas estas medidas incrementan el coste de oportunidad de la actividad ilegal respecto de la legal y, siguiendo el razonamiento propio del AED, esto tendrá como efecto un menor número de delitos» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del Derecho y política criminal...», *ob. cit.*, p. 57). Asimismo, MCCARTY, B. «New Economics of Sociological Criminology», en *Annu. Rev. Sociol.*, vol. 28, 2002.

que advirtieron diferentes autores⁵⁴⁰. Este es que la definición de lo que es útil para una persona puede variar para otra y, sin embargo, siempre se estará hablando de utilidad esperada y ello, a pesar de que dos personas en la misma situación realizarían supuestamente el análisis de costes y beneficios correspondiente, pero el *output* de esa operación puede ser totalmente diferente en cada uno de los sujetos. Siguiendo a ORTIZ DE URBINA GIMENO, bajo el paradigma o la función de la utilidad siempre se va a poder explicar una decisión, pero también la contraria. Así, pone el autor el siguiente ejemplo:

Ante un accidente, dos sujetos que conducen con el mismo objetivo (llegar a un estadio de fútbol para presenciar un partido, pongamos) toman decisiones opuestas: mientras uno se detiene a ayudar, el otro sigue conduciendo. Observando su conducta podríamos inferir que en la función de utilidad del primer sujeto la conducta de «ayudar» figura en una posición

⁵⁴⁰ Así, por ejemplo, más allá de las críticas a la racionalidad limitada de los sujetos, o de la existencia de otros cálculos o factores que inciden en la decisión de infringir las normas, SILVA SÁNCHEZ destaca que más preocupante es la propia definición de utilidad. Concretamente critica que «si el modelo parte de un cálculo individual realizado por cada sujeto, en términos de la denominada *Subjective Expected Utility*, lo cierto es que resulta inevitable entrar en un ámbito en el que los conceptos de coste y beneficio puedan llevar a ser distintos para cada individuo. En efecto, por un lado, como señala Mercado “Al no existir algo que pueda medir la utilidad, se puede atribuir esta finalidad a cualquier comportamiento; partiendo de que todo individuo actúa según su propio interés, o según sus deseos o preferencias, y no definiendo lo que se entiende por interés, es casi imposible demostrar que alguien actúa en contra de sus intereses...”. Por otro lado, la cuantificación de los denominados “costes morales”, parece que podría conducir a la disolución del propio modelo: pues, ciertamente, resulta discutible que todo eso pueda reducirse a un “precio” [...] En realidad, no se trata aquí sino de una manifestación más de la crítica a la eficiencia como baremo indefinido o vago de análisis, o en todo caso, como baremo al que se sustraen algunos de los elementos que para el Derecho penal sí resulta relevantes» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia...», *ob. cit.*, p. 104). Igualmente véase JACOB, H., «Rationality and Criminality», en *Social Science Quarterly*, vol. 59, núm. 3, 1978.

más elevada que la conducta «llegar a tiempo al estadio», y que lo opuesto ocurre en el caso del segundo sujeto⁵⁴¹

En efecto, una crítica que se ha venido realizando a los economistas es precisamente que han tendido a prescindir de otras ciencias sociales como la criminología que les reportarían los conceptos necesarios para poder elaborar modelos que se adaptaran más a la realidad delincencial⁵⁴². Además de ello, como señala ORTIZ DE URBINA GIMENO, no todos los tipos de delitos suponen el mismo balance de costes-beneficio y, por tanto, también es necesario tener en cuenta que los costes y los beneficios pueden conceptualizarse de manera muy distinta, y no solo de forma económica o patrimonial⁵⁴³. En efecto, en muchas ocasiones la decisión de infringir una concreta norma puede estar determinada por lo que se denominan los «costes

⁵⁴¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del Derecho y política criminal...», *ob. cit.*, p. 52.

⁵⁴² En este sentido, critican CLARKE y CORNISH que, aunque se hayan desarrollado modelos económicos, muchos de ellos no son aplicables por ser demasiado ideales y abstractos. Concretamente indican que «Recientemente se han propuesto diversos modelos económicos que reconocen la necesidad de incluir las diferencias individuales, pero han generado pocos análisis micro con base empírica del comportamiento delictivo individual. Recientemente se han realizado algunos intentos de estudiar dichos modelos utilizando datos a nivel individual. Sin embargo, como señaló Mansky, los creadores de modelos económicos parecen desconocer los crecientes datos empíricos sobre el comportamiento delictivo procedentes de otras disciplinas; siguen produciendo informes teóricos sobre el comportamiento de elección individual que están demasiado idealizados y se abstraen demasiado del problema de la decisión delictiva como para servir de base útil para el trabajo empírico.» (CLARKE, R. V., y CORNISH, D. B., «Modeling Offenders' Decisions...», *ob. cit.*, p. 157).

⁵⁴³ Como explican APEL y NAGIN «Los beneficios pueden ser pecuniarios en el caso de los delitos contra la propiedad, pero también pueden implicar aspectos intangibles como la defensa del honor, la expresión de la indignación, la demostración de dominio, la consolidación de una reputación o la búsqueda de una emoción. Los costes potenciales de la delincuencia son igualmente variados. El delito puede suponer un riesgo personal si la víctima se resiste. También puede invocar remordimientos de conciencia o vergüenza» (APEL, R., y NAGIN, D., «General Deterrence: A Review of Recent Evidence», en WILSON, J. Q., y PETERSILIA, J. (EDS.), *Crime and public policy*, Oxford University Press, New York, 2011).

morales»⁵⁴⁴. Esto es, no cabe olvidar que en muchas conductas no serán los costes económicos los que se tengan en cuenta, sino que serán decisivos otra serie de factores o costes como los valores éticos⁵⁴⁵. Es por este motivo que es necesario que los enfoques económicos integren el conocimiento que sobre el crimen se ha ido acumulando desde las ciencias sociales, pero, en especial, desde la criminología (y también del Derecho⁵⁴⁶). Y aunque BECKER expresara en su célebre artículo que no es necesaria ninguna explicación como las que hasta entonces se había dado desde la criminología, lo cierto es que si no se quiere caer en modelos teóricos abstractos e ideales es necesario tener en cuenta lo que las disciplinas encargadas de estudiar el crimen han ido desgranando⁵⁴⁷. En concreto, la literatura en materia de

⁵⁴⁴ O incluso también beneficios morales. Como se analizará más adelante, la teoría del desafío de SHERMAN precisamente trata de explicar por qué, ante determinadas percepciones de injusticia con respecto a una norma (y su aplicación) se puede generar en los individuos una actitud de desafío hacia la autoridad y la norma y, en consecuencia, favorecer su incumplimiento (véase para ello el *Capítulo V* de este trabajo).

⁵⁴⁵ De hecho, tal y como se muestra en los distintos estudios presentados en esta tesis doctoral, el sistema de valores de las distintas muestras examinados y operativizados a través del juicio moral, son un factor que tiene un gran peso explicativo en el cumplimiento de las correspondientes normas evaluadas en comparación con otros como los de la disuasión. En este sentido, añade ORTIZ DE URBINA GIMENO que «los costes morales, determinados por las convicciones éticas del sujeto, son fundamentales, y además varían tanto con los distintos tipos de delito como con las circunstancias de su comisión, como puede verse considerando los distintos escrúpulos morales con los que se contempla la decisión de hurtar en el pequeño comercio de barro y en el gran almacén» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del Derecho y política criminal...», *ob. cit.*, p. 55).

⁵⁴⁶ Así, por ejemplo, una de las críticas que se ha realizado a los economistas que tratan de modelizar el crimen con el fin de proponer medidas para tratar de reducirlo o prevenirlo, es la ausencia de valoración y de conjunción de los modelos propuestos con los límites ético-normativos de la sociedad de la que se trate (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del Derecho y política criminal...», *ob. cit.*).

⁵⁴⁷ En este sentido, para ORTIZ DE URBINA GIMENO «la investigación empírica y los conocimientos teóricos sobre el fenómeno delictivo que pueden aportar otras perspectivas resultan irremplazables a la hora de

toma de decisiones (*decision making*), es una línea de investigación que actualmente se encuentra en plena expansión y que trata de analizar y entender los elementos que se tienen en cuenta o que contribuyen a los procesos de toma de decisiones de los delincuentes y donde la criminología, la economía y la psicología cognitiva han avanzado especialmente. Y ello, prestando especial atención a las características individuales o particulares⁵⁴⁸, y situacionales, con el objetivo de poder responder por qué ante dos situaciones idénticas dos personas pueden tomar dos decisiones distintas.

Racionalidad limitada

Pese al éxito y la importancia del trabajo de BECKER, al que se le debe la resurrección de esta teoría, no es menos cierto que el modelo de la utilidad esperada (*Expected Utility*) y las asunciones lógicas que lo acompañan fue puesto en duda al poner en tela de juicio una de sus asunciones principales⁵⁴⁹: la

formular propuestas de política criminal, incluso (mejor: especialmente) cuando éstas se hacen siguiendo un análisis económico: éste proporciona una potente estructura, un esqueleto, pero corresponde a otras disciplinas aportar el resto de los ingredientes» (*Ibid.*, p. 55)

⁵⁴⁸ PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating...», *ob. cit.*

⁵⁴⁹ Así, con respecto al sujeto o el potencial infractor, el enfoque económico le presupone las siguientes características: «1. Las acciones llevadas a cabo por los delincuentes son fruto de un ejercicio volitivo consciente; 2. Las acciones delictivas son cometidas por individuos que disponen de toda la información necesaria sobre los actos que van a ejecutar y sus consecuencias; 3. Los infractores realizan, con carácter previo a la comisión de un delito, un ejercicio de cálculo en el que evalúan las consecuencias de sus actos potenciales, de tal forma que optan siempre por la opción que reporte mayores beneficios» (CASTRO LIÑARES, D., «Análisis Económico del Derecho Penal: un concepto recurrente», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019, p. 10). En este sentido, señalan MCADAMS Y ULEN que: «Pero al mismo tiempo que estos argumentos basados en la teoría de la elección racional han adquirido tanta importancia, se ha formulado una importante y amplia crítica a la teoría de la elección racional y a su aplicación a cuestiones de derecho penal. Esa crítica se denomina "behaviorismo". Es importante destacar que el behaviorismo no es una crítica teórica a la teoría

elección racional de los sujetos, es decir, asumir que los potenciales infractores disponen de toda la información necesaria para realizar un nítido cálculo racional sobre la base del cual tomar la decisión de infringir una determinada norma⁵⁵⁰. La evidencia empírica, sin embargo, muestra un

de la elección racional. Más bien, es una crítica basada casi por completo en estudios experimentales y otros estudios empíricos que encuentran que las predicciones de la teoría de la elección racional son inexactas» (MCADAMS, R. H., y ULEN, T. S., «Behavioral Criminal Law and Economics», en *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, núm. 440, 2008, p. 3).

⁵⁵⁰ Como explica DAU-SCHMIDT, «La base del modelo económico del comportamiento individual es el supuesto de que las personas eligen racionalmente entre sus oportunidades para lograr la mayor satisfacción de sus preferencias. Desglosando este supuesto en sus componentes, los economistas consideran que la elección individual se rige por dos funciones. La primera es la "restricción" o "conjunto de oportunidades", que especifica el conjunto de todas las oportunidades factibles que un individuo podría elegir. Los economistas suelen suponer que el individuo tiene información perfecta sobre todas estas oportunidades. La segunda función es la "función objetivo", que especifica la ordenación de las oportunidades del individuo de menor a mayor preferencia. A veces, los economistas conciben esta ordenación de las oportunidades en función de la satisfacción o la utilidad que cada una de ellas aportará al individuo y la denominan "función de utilidad" del individuo. Los economistas suponen que el individuo es racional en el sentido de que sus preferencias son completas, reflexivas y transitivas, y que elegirá la oportunidad que le produzca la mayor utilidad según sus preferencias» (DAU-SCHMIDT, K. G., «An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy», en *Duke Law Journal*, vol 1. 1990).

escenario distinto al dibujado por el enfoque económico más clásico^{551/552}. Como ironiza KENNEDY:

A pesar de lo claros y austeros que resultan éste y otros marcos teóricos similares, tienen una gran y evidente desventaja: nadie piensa así en realidad. Nuestro atracador no se detendrá cada día, o probablemente, ningún día, a considerar la posibilidad

⁵⁵¹ En este sentido, señalan DHAMI y AL-NOWAIHI que « La economía tradicional se basa en los supuestos de un comportamiento plenamente racional e interesado. Una gran cantidad de pruebas arroja serias dudas sobre estos dos supuestos» (DHAMI, S., y AL-NOWAIHI, A., «Behavioral economics», en RAMACHANDRAN V. S (ED.), *Encyclopedia of Human Behavior*, Elsevier, Amsterdam, 2012, p. 299. En el mismo sentido, KOROBKIN, R. B. y ULEN, T. S., «Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics», en *Californai Law Review*, vol. 88, 2000; THALER, R. H., *Misbehaving: The making of behavioral economics*, W. W. Norton & Company, New York, 2015; CAMERER, C. F., y LOEWENSTEIN, G., «Behavioral economics: Past, present, future», en CAMERER, C. F., LOEWENSTEIN, G., y RABIN, M. (EDS.), *Advances in Behavioral Economics*, Princeton University Press, Princeton, 2004).

⁵⁵² En este sentido, desde la Criminología se ha puesto en duda tanto que los infractores realmente conozcan la probabilidad de la certeza y la severidad de la sanción y, también, que los actos criminales sean simplemente el resultado de un cálculo racional, obviando cuestiones como la impulsividad, la influencia del alcohol o las oportunidades delictivas (GRIGORYEVA, M. S., y MATSUEDA, R. L., «Rational Choice...», *ob. cit.*). En este mismo sentido, Herbert JACOB objetó: «a) Implica que las personas que contemplan la posibilidad de cometer un delito tienen una percepción realista de las probabilidades de ser sancionadas y de la gravedad de la sanción. Las escasas pruebas que tenemos sobre las percepciones de las sanciones legales por parte del público en general indican que estas percepciones son incorrectas y variables [...] (b) Implica que las personas que cometen delitos actúan tras un cálculo racional y no por impulso. Tenemos muchas razones para creer que muchos delitos se cometen por impulso, ya sea bajo la influencia del alcohol o simplemente como resultado de la intersección de la oportunidad y la necesidad» (HERBERT, J., «Rationality and Criminality», en *Social Science Quarterly*, núm. 3, 1978, p. 584). Igualmente crítico es COOK con la idea del infractor racional: «La teoría economista de la disuasión de la delincuencia, tal y como se ha caracterizado anteriormente, ha sido útil para desarrollar las implicaciones de una noción olvidada durante mucho tiempo en la literatura criminológica: que los delincuentes pueden ser vistos como tomadores de decisiones racionales que intentan promover su bienestar personal en un entorno que ofrece oportunidades de delinquir junto con amenazas de sanción» (COOK, P. J., «Research in Criminal...», *ob. cit.*, pp. 218-219).

de estudiar Derecho. Es improbable que realice, cuando esté a punto de cometer un delito, cálculos acerca del valor esperado del robo o de la probabilidad de ser atrapado y castigado, mucho menos acerca de las consecuencias a largo plazo de un arresto o del antecedente de una condena a prisión. De hecho, no está para nada claro que los delincuentes sean siquiera “racionales” en el sentido empleado en, y requerido por, la teoría de la disuasión⁵⁵³.

Ahora bien, que no exista esa racionalidad ideal de los modelos económicos⁵⁵⁴, no significa que nuestro proceso de toma de decisiones sea errático e irracional⁵⁵⁵. Como expone COOK, cualquier teoría o modelo que se base en una completa racionalidad del sujeto es simplemente un modelo poco realista, aunque pueda generar predicciones válidas porque contenga elementos esenciales de verdad⁵⁵⁶. Pero ello no significa que se actúe de manera totalmente irracional o que no se haga un cálculo de costes y beneficios. Más bien, en lugar de tener una racionalidad completa como presume el modelo económico,

⁵⁵³ KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.*, pp. 46-47. Así, entrevistas a delincuentes ponen en entredicho que la forma de procesar la información y tomar una decisión en consecuencia sea fiel a la imagen del *homo economicus* considerado en la teoría económica (por ejemplo, WRIGHT, R. T., y DECKER, S. H., *Armed Robbers in Action. Stickups and Street Culture*, Northeastern University Press, Boston, 1997).

⁵⁵⁴ Algunos autores han destacado contra las críticas que no es tanto un error del modelo, sino precisamente que hay que entenderlo como precisamente lo que es, un modelo. Así, señala PI que «sería un error deducir de los supuestos de Becker que él cree que son verdaderos, al menos no más que un cartógrafo cree que la Tierra es plana. Una teoría, por necesidad, hace suposiciones simplificadoras. Esto no debe verse como una concesión, sino como el objetivo mismo de la elaboración de una teoría» (PI, D., «Using Bounded Rationality to Fight Crime», en *Available at SSRN 2214504*, 2013).

⁵⁵⁵ En este sentido, y aunque se verá más adelante, fueron TVERSKY y KAHNEMAN los que mostraron por medio de distintos experimentos de laboratorio que la realidad de cómo tomaban realmente las personas las decisiones bajo determinadas condiciones de riesgo contradecían al modelo del cálculo racional. Sin embargo, estos dos autores mostraron también que dentro de esa «irracionalidad» se podía encontrar una consistencia considerable (KAHNEMAN, D., Y TVERSKY, A., «Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk», en *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979).

⁵⁵⁶ COOK, P. J., «Research in Criminal...», *ob. cit.*

ésta es limitada. A esta conclusión se ha llegado gracias a las aportaciones realizadas en el ámbito de la psicología que se ha ocupado del estudio de los procesos de decisión. En resumidas cuentas, el ámbito de la psicología cognitiva, como veremos con más profundidad en los siguientes apartados, vino a flexibilizar el concepto de racionalidad del sujeto infractor (*homo economicus*) para otorgarle un contenido más próximo a la realidad (*homo psicológico*). Así lo define CARROLL:

El enfoque propuesto ofrece, pues, un nuevo modelo sobre cómo la persona decide las oportunidades de delinquir. No se le considera como la «persona económica», que realiza cálculos exhaustivos y complejos que conducen a una elección óptima. Se trata más bien de la «persona psicológica», que realiza unos exámenes sencillos y concretos de sus oportunidades y hace conjeturas que pueden estar muy lejos de ser óptimas⁵⁵⁷.

En este sentido, durante las décadas de los años 50 y 60 (periodo en el que primaba el movimiento «cognitivist» en psicología⁵⁵⁸), se entendía que el hombre tomaba las decisiones

⁵⁵⁷ CARROLL, J. S., «A Psychological Approach to Deterrence: The Evaluation of Crime Opportunities», en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 36, núm. 12, 1978, p. 1513. En este sentido, CARROLL ofreció a finales de los años 70 un concepto psicológico del sujeto que toma decisiones distinto a la tradición psicológica dominante en el ámbito del delito, marcada por el entendimiento y la visión del delincuente como una persona enferma. De esta manera, explicaba que el enfoque «nuevo» que proponía para el ámbito de la disuasión «considera a la persona como un decisor reflexivo que elige entre cursos de acción alternativos, tanto delictivos como no delictivos. Aunque es similar a la posición de los economistas al centrarse en las evaluaciones mentales de las situaciones, el proceso por el que se evalúan estas alternativas es bastante diferente. Basándose en la idea de racionalidad limitada y en los enfoques de procesamiento de la información en la teoría de la decisión conductual, se propone que las personas utilizan una variedad de estrategias en las que se realizan comparaciones simples y exámenes parciales de las alternativas. Se ha encontrado apoyo a esta idea en estudios de preferencias de cuatro dimensiones: (a) probabilidad de ganar, (b) cantidad de dinero a ganar, (c) probabilidad de perder, y (d) cantidad de dinero a perder» (*Ibidem.*).

⁵⁵⁸ SPELLMAN, B. A., y SCHNALL, S., «Embodied Rationality», en *Queen LJ*, vol. 35, 2009.

conforme a la teoría de la elección racional. Sin embargo, al observar que el hombre medio en realidad se apartaba de los supuestos normativos estrictos cuando tomaba sus decisiones, se reformuló esta teoría primero por MEEHL⁵⁵⁹ y después por EDWARDS⁵⁶⁰ para adaptarla a presupuestos más realistas. No obstante, no fue hasta la obra de Herbert SIMON que no se acuñó el término de racionalidad limitada (*bounded rationality*)⁵⁶¹. SIMON aceptó que las personas son racionales en su toma de decisiones, pero también que el proceso mental que se lleva a cabo para tomarlas está acotado por sus propias limitaciones cognitivas, así como por su capacidad de cálculo. En palabras del propio autor «el término "racionalidad limitada" se utiliza para designar la elección racional que tiene en cuenta las limitaciones cognitivas del decisor -limitaciones tanto de conocimiento como de capacidad de cálculo»⁵⁶². Pero, nuevamente, esto no implica ni que los seres humanos actuemos en todo momento de una forma irracional, ni tampoco en el ámbito de la disuasión que los sujetos no puedan verse disuadidos ni que no lleven a cabo, de hecho, un cálculo de costes y beneficios. En palabras de KENNEDY:

[...] uno no puede inferir irracionalidad a partir de resultados pobres: para poder juzgar su sentido o falta de sentido uno necesita saber qué había en el cálculo y cómo fue considerado. Uno puede ser, de acuerdo con este modo de pensar, muy racional y, al mismo tiempo, estar muy equivocado⁵⁶³.

Igualmente, DOMÉNECH expone las principales críticas al modelo racional ideal del Análisis Económico del Derecho,

⁵⁵⁹ MEEHL, P. E., *Clinical versus statistical prediction*, University press, Minneapolis, 1954.

⁵⁶⁰ EDWARDS, W., LINDMAN, H., y SAVAGE, L. J., «Bayesian statistical inference for psychological research», en *Psychological Review*, núm. 70, 1963.

⁵⁶¹ SIMON, H., «A Behavioral Model of Rational Choice», en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, núm. 1, 1955.

⁵⁶² SIMON, H. A., *Models of man: Social and rational*, Wiley, New York, 1957; SIMON, H. A., «Bounded Rationality», en EATWELL, J., MILGATE, M., NEWMAN, P. (EDS.), *Utility and Probability*, Palgrave Macmillan, London, 1990.

⁵⁶³ KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.*, p. 54.

cuales son, como se ha dicho, la racionalidad limitada («la gente [...] incurre una y otra vez en abundantes errores e inconsistencias al valorar la información disponible»⁵⁶⁴); asimismo también tiene una voluntad limitada («las personas [...] toman decisiones temporalmente inconsistentes. Sus preferencias son cambiantes, inestables»⁵⁶⁵); y, también puede darse un auto interés limitado («la gente, finalmente, no siempre busca actuar en el sentido que más conviene a su propio interés»⁵⁶⁶). Pero, señala el autor que, aunque todo esto plantee un problema al modelo ideal del hombre racional del enfoque económico,

[...] ello no resta utilidad o validez al AED. Más bien al contrario. Lo que significa es que si las referidas anomalías son predecibles y pueden tener un impacto significativo sobre la conducta humana, como así ocurre efectivamente en muchas ocasiones, hay que ajustar los modelos teóricos del AED para reflejar dichas anomalías, a fin de describir y predecir mejor que antes cómo reacciona la gente frente a las normas jurídicas -o viceversa, qué factores sociales explican su contenido -y, por lo tanto, cómo tienen que ser diseñadas éstas si se pretende mover a los individuos a comportarse de una determinada manera⁵⁶⁷

2. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA DISUASIÓN

2.1. LA IMPORTANCIA DE LA PERCEPCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL CASTIGO

Los modelos económicos iniciales proporcionaban, como se ha comentado anteriormente, una hoja de ruta para la política penal bastante clara. De conformidad con estos, para reducir el delito es necesario disminuir la utilidad del mismo, lo cual se puede hacer incrementando los costes. En este sentido, este modelo le dice al legislador que si quiere que la ciudadanía no

⁵⁶⁴ DOMÉNECH, G., «Por qué y cómo hacer...», *ob. cit.*, p. 125.

⁵⁶⁵ *Ibidem.*

⁵⁶⁶ *Ibidem.*

⁵⁶⁷ *Ibidem.*

cometa delitos tiene que aumentar las penas (incremento de la severidad) y tiene que poner más policías en la calle (incremento de la certeza). Pero estas recomendaciones se refieren a las características objetivas del castigo. Por ello, en un primer momento las investigaciones en materia de disuasión trataron de comprobar, esencialmente por medio de estudios con datos agregados ya que la teoría de la disuasión se enfocaba como una teoría a nivel macro, en qué medida había una relación entre una determinada política penal y las tasas de delincuencia. En este tipo de estudios, por ejemplo, la severidad se identificaba con la duración de la condena y la certeza, en cambio, con el número de personas que eran admitidas en prisión⁵⁶⁸. Algunos de estos primeros trabajos arrojaron resultados, si bien modestos, en la dirección de la estrategia disuasoria⁵⁶⁹. Sin embargo, como se

⁵⁶⁸ Este es el caso, por ejemplo, del estudio de GIBBS, J. P., «Crime, Punishment, and deterrence», en *Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, 1968, p. 519. Si bien reconoce la limitación que supone operativizar las variables de tal forma, pero apela a que en aquel momento eran los únicos datos de los que se disponía y la mejor forma de aproximarse a la cuestión: «Este enfoque no es en absoluto satisfactorio, pero parece ser la única alternativa viable, dados los limitados recursos de investigación. Hasta hace poco, ni siquiera las estadísticas publicadas podían utilizarse para investigar las reacciones legales reales, porque no había ninguna fuente de información sistemática sobre las personas admitidas en las prisiones estatales por tipo de delito».

⁵⁶⁹ En concreto, destacan los estudios de GIBBS, J. P., «Crime...», *ob. cit.*, y de TITTLE, C. R., «Crime rates and legal sanctions», en *Social Problems*, vol. 16, 1969. Así, explica PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence Theory», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L., *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018, p. 81 que: «Gibbs (1975) describió las formas en que las jurisdicciones legales castigaban realmente los actos delictivos como las propiedades objetivas del castigo, y la disuasión se consideró una teoría a nivel macro: entre las sanciones legales realmente impuestas o amenazadas y los índices de delincuencia en unidades macro como ciudades, condados y estados. Desgraciadamente, estas pruebas empíricas iniciales de la teoría de la disuasión no fueron muy sólidas. En su mayor parte, las relaciones entre la certeza y la severidad del castigo y los índices de delincuencia en jurisdicciones legales de diversos tamaños fueron a veces, pero no siempre, en la dirección teórica esperada y, en su mayoría, de magnitud muy modesta. Además de los resultados empíricos generalmente débiles, había cuestiones conceptuales desalentadoras. Por

explicará más adelante, pronto fueron puestos en duda por varias razones. La más notable, quizá, era la relacionada con el hecho de que con ese tipo de estudios, datos y metodología no se podía saber si tales efectos preventivos se daban por un efecto intimidatorio o disuasorio o por un efecto de incapacitación. Del mismo modo, también se ponía en tela de juicio que con tal operativización de la severidad y la certeza realmente se estuviese midiendo el efecto disuasorio, entre otros problemas. Asimismo, WALDO y CHIRICOS sugirieron que uno de los límites de los estudios a nivel macro que se estaban realizando y que se centraban en las propiedades objetivas del castigo es que obviaban un elemento esencial: lo importante no es ya tanto cómo sea el castigo y sus características objetivas sino más bien cómo son percibidas por los individuos⁵⁷⁰, porque es sobre la base de esa percepción que los sujetos tomarán la decisión de cometer un delito o no. Por lo tanto, ya no hay que hablar de utilidad esperada (*Expected Utility*), sino de utilidad esperada subjetiva (*Subjective Expected Utility*)⁵⁷¹. Esto es: si la severidad objetiva es de 5 años de prisión y la certeza objetiva es una tasa de detención del 90% pero a nivel individual los sujetos perciben que la certeza, por ejemplo, es del 10% y la severidad asociada es de una multa, son estas dos últimas las que serán tenidas en

ejemplo, no estaba claro si las relaciones inversas, incluso moderadas, entre las medidas de certeza y severidad del castigo a nivel agregado y los índices de delincuencia se debían a la disuasión o a algún otro mecanismo, como la incapacitación, o incluso si se debían a artefactos metodológicos».

⁵⁷⁰ Así, entre otras grandes limitaciones de este tipo de estudios, los autores destacan que «otra limitación del enfoque de los datos agregados es la incapacidad del investigador para discernir los procesos sociopsicológicos por los que se producen los supuestos efectos del castigo. Por ejemplo, cuando se correlacionan los índices de delincuencia con la severidad de las disposiciones legales sobre el castigo, no se sabe nada de cómo perciben las penas los delincuentes potenciales, si es que las perciben. Evidentemente, la eficacia disuasoria del castigo presupone que los posibles delincuentes saben o creen saber cuáles son las penas» (WALDO, G. P., y CHIRICOS, T. G., «Perceived Penal Sanction and Self-Reported Criminality: A Neglected Approach to Deterrence Research», en *Social Problems*, vol. 19, núm. 4, 1972, p. 524).

⁵⁷¹ APEL, R. J., «Deterrence Perceptions», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

cuenta para calcular la utilidad del delito⁵⁷². Es en este sentido que a partir de la década de los 80, la literatura deja en un segundo plano los estudios a nivel macro centrándose en el análisis de la dimensión subjetiva de la disuasión⁵⁷³ y empieza a considerarse que la teoría de la disuasión es una teoría de la percepción (*perceptual deterrence theory*⁵⁷⁴). En palabras de PATERNOSTER

La cuestión es que si la disuasión funciona, lo hace como un proceso psicológico social a nivel individual entre las percepciones de certeza, severidad y celeridad del castigo que tiene una persona y su implicación en el delito. Estas percepciones de las amenazas de sanción pueden no ser exactas (aunque es de esperar que estén positivamente

⁵⁷² WIKSTRÖM, P. O. H., «Deterrence and Deterrence Experiences: Preventing Crime Through the Threat of Punishment», en SHOHAM, S. G., BECK, O., y KETT, M. (EDS.), *International Book of Penology and Criminal Justice*, CPC Press, Boca Raton, 2008. En el mismo sentido, destacan DECKER, WRIGHT y LOGIE que «No puede haber una relación directa entre las sanciones y la acción delictiva; ambas deben estar vinculadas a través de la variable intermedia de las percepciones subjetivas de los riesgos y recompensas de cometer un delito» (DECKER, S., WRIGHT, R., y LOGIE, R., «Perceptual deterrence among active residential burglars: A research note», en *Criminology*, vol. 31, núm. 1, 1993, p. 135).

⁵⁷³ Así, KENNEDY destaca la centralidad de la subjetividad en la disuasión: «Lo que importa en la disuasión es lo que importa para los delincuentes y los potenciales delincuentes. Lo que resulta determinante son las ganancias y los costes tal como ellos los entienden y los definen, y su pensamiento al sopesar esas ganancias y costes. Si la disuasión no funciona puede ser porque el entorno objetivo al que se enfrentan los delincuentes esté desalineado: el delito es demasiado atractivo y las sanciones no son lo suficientemente desagradables. Podría ser, no obstante, que los delincuentes sencillamente no comprendan lo que es en realidad un entorno profundamente desagradable y no sean, por tanto, influidos por él. Podría ser que al intentar crear un entorno disuasorio efectivo no estemos prestando la atención debida a lo que los delincuentes hallan atractivo y desagradable. Y podría ser que no tengamos claro nosotros mismos cómo los delincuentes están recibiendo y utilizando la información que guía sus acciones» (KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.* pp. 55-56).

⁵⁷⁴ Para PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, p. 785, «por lo tanto, la teoría de la disuasión es, en esencia, una teoría psicológica social de la comunicación de la amenaza en la que la cadena causal va desde las propiedades objetivas del castigo, pasando por las propiedades perceptivas del mismo, hasta la delincuencia».

relacionadas con sus correspondientes propiedades objetivas), pero, no obstante, las acciones de las personas están influidas por lo que creen que son las posibles consecuencias en caso de cometer un delito y no por las consecuencias reales. Se entiende aquí que la disuasión penal es una teoría perceptiva⁵⁷⁵.

De esta manera, para que las hipótesis del modelo económico anteriormente expresadas puedan confirmarse, la severidad y certeza objetivas de la sanción deberían aproximarse todo lo posible a la severidad y certeza percibidas por los individuos. Dicho de otro modo: en tanto en cuanto las características objetivas del castigo solamente pueden desplegar su influencia preventiva en la medida en que puedan incidir sobre las características subjetivas, en qué medida los dos tipos de propiedades coinciden es una importante línea de investigación, no pudiendo dar por sentada esta relación, es decir, no pudiendo asumir automáticamente que un cambio legislativo consistente en un aumento de la severidad objetiva de la sanción va a implicar automáticamente un aumento en la severidad subjetiva o percibida por los individuos⁵⁷⁶.

Es por ello por lo que conceptualizar la disuasión como una teoría subjetiva supuso un avance en la investigación en la materia con respecto a los modelos económicos y su aplicación en el ámbito criminológico porque, como señalan WILLIAMS y HAWKINS⁵⁷⁷, los economistas no habían incorporado las variables subjetivas en sus modelos, contentándose con emplear medidas objetivas de las características del castigo como una aproximación de cómo percibirían las sanciones los potenciales infractores. Sin embargo, al no tener en cuenta los elementos subjetivos, la validez empírica del enfoque era una mera

⁵⁷⁵ PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*, p. 82.

⁵⁷⁶ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*; PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*; WIKSTRÖM, P. O. H., «Deterrence...», *ob. cit.*; CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*

⁵⁷⁷ WILLIAMS, K. R., y HAWKINS, R., «Perceptual Research on General Deterrence: A Critical Review», en *Law & Society*, vol. 20, núm. 4, 1986.

inferencia⁵⁷⁸. Se concibe ahora a la disuasión como un proceso de transmisión de una información que tiene el objetivo fundamental de desincentivar la comisión de delitos. En este sentido, para APEL este proceso está formado de tres grandes enlaces intermedios entre dos puntos: el primero sería la prescripción del castigo y el segundo sería el comportamiento delictivo⁵⁷⁹.

Para este último autor, este proceso comienza con la intervención legislativo-penal que puede consistir bien en la criminalización, bien en la modificación de los delitos ya previstos en el Código Penal. En este último modo de intervención legislativa, según la hipótesis disuasoria, se trataría de aumentar la severidad. El primer enlace intermedio se da entre esa prescripción normativa y la comunicación de la amenaza. Esta comunicación puede llevarse a cabo a través de la publicidad que otorgan los medios de comunicación, por la visibilidad de la policía, así como por medio de las experiencias con el sistema de justicia como arrestos, investigaciones, etc. El segundo enlace intermedio se refiere a las percepciones del riesgo e implican la probabilidad que los potenciales delincuentes crean que tienen de ser arrestados y cómo perciben la severidad de la sanción que se les impondría. Finalmente, estaría el comportamiento criminal, que debe ser percibido por los potenciales delincuentes como demasiado costoso u oneroso. En este proceso, representado en la Ilustración 2, APEL también añade el componente experiencial que consiste en la actualización de las percepciones del riesgo de los potenciales infractores dependiendo de si previamente han cometido el delito y no han sido sancionados (*punishment avoidance*) o de si, en cambio, sí han sido detectados (*punishment experience*)⁵⁸⁰,

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

⁵⁷⁹ APEL, R., «Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 29, 2013.

⁵⁸⁰ La observación de estas variables deviene de la concepción de la disuasión que llevaron a cabo STAFFORD y WARR en 1993 mediante la que hipotetizaron que el haber sido castigado previamente por un delito o haberlo cometido sin pasar por la experiencia del castigo puede aumentar o

actualizando en función de esa experiencia sus percepciones en torno a la certeza y la severidad del castigo⁵⁸¹.

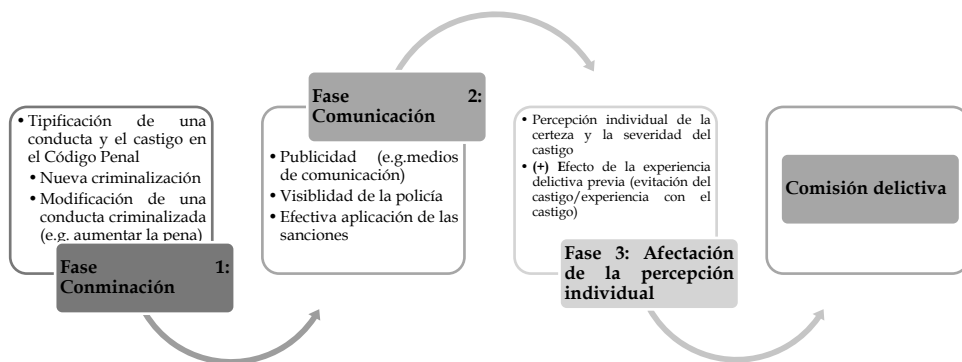


Ilustración 2. Representación básica del modelo de la dimensión subjetiva de la disuasión. Fuente: modelo adaptado de APEL (2013)⁵⁸²

2.2. LOS ESTUDIOS DE CALIBRACIÓN

Como consecuencia de lo anterior, a esta nueva conceptualización de la disuasión se le planteaba una importante pregunta de investigación: ¿coinciden las percepciones de la severidad y certeza del castigo con la que realmente es? Para responder a esta pregunta disponemos de una serie de estudios de calibración⁵⁸³ que vendrían a indicar

disminuir la percepción del sujeto con respecto a las variables de la sanción (STAFFORD, M. C., y WARR, M., «A reconceptualization...», *ob. cit.*).

⁵⁸¹ APEL, R., «Sanctions...», *ob. cit.*

⁵⁸² *Ibid.*, p. 71.

⁵⁸³ Se trata de estudios que tienen como objetivo comprobar en qué medida las expectativas o las probabilidades subjetivas coinciden con las reales y, de tal forma, llegar a conclusiones sobre la correspondencia subjetiva de las creencias y la frecuencia de determinadas realidades (MANSKI, C. F., «Measuring Expectations», en *Econometrica*, vol. 72, núm. 5, 2004).

que la correspondencia entre las percepciones de las características del castigo y las que son en la realidad difieren dramáticamente⁵⁸⁴. En este sentido, uno de los primeros estudios que se llevó a cabo para contestar a esta pregunta de investigación fue encargado por la Asamblea Nacional de California en 1968. Este estudio se realizó mediante una encuesta en la que se preguntaba a la muestra (que incluía estudiantes, civiles y adultos y jóvenes encarcelados) por las penas de seis delitos graves. Los resultados pueden resumirse como sigue: a) Solo el 27% de la muestra respondió correctamente con respecto a la pena máxima asociada a los delitos; b) Existían diferencias claras en la calibración de sujetos encarcelados con respecto a aquellos que no. En este sentido, de los adultos no institucionalizados solo calibraban correctamente el 22%, mientras que el 62% de los adultos institucionalizados respondía correctamente; c) Entre los adultos no institucionalizados que respondían correctamente había una tendencia clara a infravalorar la pena máxima para los delitos. Por otro lado, este estudio resulta de especial interés por cuanto también se preguntaba a los participantes acerca de tres tipos de delitos que habían sido modificados recientemente en el sentido de aumentar las penas (violación, robo y allanamiento para robar [*burglary*]), y también sobre dos delitos cuya penalidad no había sido modificada (posesión de marihuana y la conducción influenciada). En este supuesto: d) Solo el 28% de la muestra respondió correctamente a la pregunta de si las penalidades de esos delitos habían sido modificadas recientemente; e) al igual que en el caso anterior, aquellos que más acertaban eran los sujetos encarcelados, de los cuales el 52% respondió correctamente; f) entre el 35 y el 49% de los sujetos adultos no institucionalizados no sabían siquiera si el legislador había legislado sobre esos delitos; g) entre los que respondían incorrectamente había una tendencia a considerar que las penas se habían reducido (pese a que la realidad era la contraria), y

⁵⁸⁴ NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*

entre aquellos que respondían correctamente la tendencia era a subestimar la magnitud del cambio⁵⁸⁵.

Otro estudio mostró que en cuanto a la certeza -entendida ésta como el número de arrestos por cada 100 delitos cometidos- tampoco era mucho más acertada. Esta certeza de arresto era infravalorada en el caso de los delitos de violencia interpersonal, mientras que era sobrestimada en los delitos que implicaban una confrontación⁵⁸⁶. Por su parte, KLECK y colaboradores llevaron a cabo un estudio consistente en una encuesta telefónica y en la que preguntaban por la certeza percibida (número de arrestos por cada 100 delitos de los que la policía tenía conocimiento) y por la severidad percibida (número de condenas a prisión de cada 100 condenas). Posteriormente, cruzaron estos datos con las medidas objetivas. Entre los resultados principales observaron que la certeza percibida por el delito de homicidio y agresión se infravaloraba teniendo en cuenta la certeza objetiva, mientras que la certeza percibida por robo y allanamiento se sobre estimaba en comparación con la certeza objetiva. Sin embargo, con respecto a la severidad, la misma se infravaloraba de manera sistemática para todos los delitos por los que se preguntaba⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Este estudio es reportado por PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*, y por APEL, R. J., «Deterrence Perceptions...», *ob. cit.* No obstante, la referencia original es COMMITTEE ON CRIMINAL PROCEDURE, *Deterrent Effects of Criminal Sanctions*, Assembly of the State of California, Sacramento, 1968.

⁵⁸⁶ ERICKSON, M., L., y GIBBS, J. P., «Objective and Perceptual Properties of Legal Punishment and the Deterrence Doctrine», en *Social Problems*, vol. 25, 1978.

⁵⁸⁷ KLECK, G., SEVER, B., LI, S., y GERTZ, M., «The Missing Link in General Deterrence Research», en *Criminology*, vol. 43, 2005. Años más tarde, KLECK y BARNES llevaron a cabo un estudio en el que trataron de responder a la pregunta de si había una correspondencia entre los niveles de castigo reales en una jurisdicción y la percepción media (ya no tanto específica) del castigo de los sujetos de esa misma jurisdicción, para comprobar si se daba aquello que los expertos habían denominado «*collective wisdom*». Para ello, encuestaron a 1500 sujetos de 54 jurisdicciones. Sin embargo, no encontraron mucha correspondencia entre los dos tipos de propiedades concluyendo que

En España, MIRÓ LLINARES y BAUTISTA ORTUÑO realizaron un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento de determinadas normas de conducción vial. En este estudio tuvieron en cuenta y midieron el conocimiento de la norma. En este sentido, entre sus resultados destaca que: a) el 80,5% de los participantes afirmaba conocer que había habido cambios en el Código Penal con respecto a las normas de tráfico; b) el 80,2% afirmaba que se puede considerar un delito el sobrepasar los límites de velocidad, y el 96,5% con respecto a la conducción influenciada; c) de los 457 participantes que habían afirmado que sobrepasar los límites de velocidad podía considerarse delito, solo el 3,9% respondieron correctamente cuando se les preguntó por los límites de velocidad en vía interurbana a partir de los cuales pasa a ser delito la conducta y solo el 1% respecto al mismo límite en vías urbanas. En el caso de la conducción influenciada, de los 550 participantes que afirmaban que esa conducta podía llegar a ser delito solo el 11% respondía correctamente la tasa de alcoholemia a partir de la cual se considera delito tal conducta. Por otro lado, cuando se les preguntaba a los sujetos de este estudio por las consecuencias legales asociadas a tales conductas delictivas, de conformidad con los resultados de este estudio, el 40,4% tenía un conocimiento total de las sanciones que se pueden aplicar en el caso de conducir por encima de los límites de velocidad permitidos, y el 68,7% conocían las consecuencias legales de la conducción influenciada⁵⁸⁸.

En este sentido, de acuerdo con APEL, de la literatura en materia de calibración cabe extraer que los participantes de las encuestas suelen sobrestimar la probabilidad de ser arrestados (certeza) por la comisión de diferentes delitos, pero también que

ni las percepciones individuales ni las agregadas tienen una relación significativa con las propiedades objetivas de la sanción (KLECK, G., y BARNES, J. C., «Deterrence and Macro-Level Perceptions of Punishment Risks: Is There a “Collective Wisdom”», en *Crime & Delinquency*, vol. 59, núm. 7, 2013).

⁵⁸⁸ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA-ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

de manera sistemática y consistente se produce una infravaloración de la severidad de las penas máximas. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de penas específicas (i.e. multa, pena de prisión, pena de muerte), parece que hay una mayor correspondencia entre la percepción y la realidad⁵⁸⁹. En este sentido, explica el autor que «aunque el ciudadano medio está razonablemente bien informado sobre las sanciones penales permitidas por la ley, hace un mal trabajo al estimar la probabilidad y la magnitud de las sanciones»⁵⁹⁰. Del mismo modo, la evidencia muestra que los sujetos que tienen una experiencia con el delito y con la detención tienden a tener percepciones mucho más precisas de las penas que aquellos individuos que no tienen estas experiencias. Así, como muestran los estudios, estas percepciones pueden verse afectadas por el efecto de la experiencia⁵⁹¹. Esto es, los sujetos que hayan delinquido y hayan sido arrestados y procesados, que, en definitiva, ya tienen una experiencia previa con el sistema de justicia penal, tienen un conocimiento más cercano a la realidad con respecto a la conducta prohibida y las consecuencias legales que aquellos sujetos que no han estado nunca involucrados en ninguna actividad criminal y, por tanto, pueden calibrar mejor sobre la base de su experiencia los costes del delito. Del mismo modo, aquellos sujetos que han cometido delitos anteriormente y nunca han sido arrestados tienen una percepción del riesgo significativamente más baja que aquellos individuos que no han cometido ningún delito previamente⁵⁹². Es por ello que otra línea de investigación con respecto a la dimensión subjetiva de la disuasión es precisamente analizar cómo las percepciones del riesgo se actualizan sobre la base de la experiencia, y en la que se ha comprobado que la experiencia de haber sido arrestado con anterioridad modifica la certeza percibida del individuo, es decir, que los delincuentes van adaptando sus percepciones en

⁵⁸⁹ Se refiere a las prohibiciones en materia de seguridad vial, la posesión de marihuana o la infracción de las leyes de armas. Véase una recopilación e la literatura al respecto en APEL, R. J., «Deterrence Perceptions...», *ob. cit.*

⁵⁹⁰ APEL, R. J., «Deterrence Perceptions...», *ob. cit.*

⁵⁹¹ PATERNOSTER, R., «Perceived certainty...», *ob. cit.*

⁵⁹² APEL, R. J., «Deterrence Perceptions...», *ob. cit.*

función del éxito que hayan tenido en la comisión de actos delictivos⁵⁹³.

Estos hallazgos podrían socavar seriamente la estrategia disuasoria en la medida en que, si las características objetivas y las subjetivas difieren tanto, ¿qué posibilidad tendrían entonces las leyes penales que modifican el Código Penal en influir en la motivación a las normas? Al respecto, como apuntan APEL y NAGIN es necesario tener en cuenta al menos dos cuestiones: la primera es que la investigación sobre calibración tiene debilidades que sugieren la necesidad de profundizar en su estudio⁵⁹⁴, entre las que destaca sin duda alguna que la mayor parte de la ciudadanía y, por tanto, de los sujetos de los estudios no han delinquido nunca y no cabe esperar que sus respuestas muestren una decisión racional en torno a un delito o delitos que simplemente no se plantean ni como una posibilidad real⁵⁹⁵. En

⁵⁹³ Véase un resumen en CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.* Asimismo en APEL, R., y NAGIN, D. S., «General Deterrence...», *ob. cit.*. Al respecto, es interesante el estudio que llevaron a cabo MATSUEDA, R. L., KREAGER, D. A., HUIZINGA, D., «Deterring delinquents: a rational choice modelo of theft and violence», en *American Sociology Review*, vol. 71, 2006; y el de ANWAR, S., y LOUGHRAN, T. A., «Testing a Bayesian learning theory of deterrence among serious juvenile offenders», en *Criminology*, vol. 49, 2011.

⁵⁹⁴ APEL, R. J., «Sanctions, Perceptions...», *ob. cit.*, sugiere entre ellas que, en primer lugar, lo que se tiene en cuenta como certeza objetiva en estos estudios, normalmente medida como las tasas de arresto o de esclarecimiento de los hechos, no es tal, y ello porque es muy difícil saber exactamente la certeza objetiva operativizada de esa forma. Esto es, es difícil también cuantificar la cifra negra de los delitos. Muchos delitos se cometen sin que sean detectados por lo que las tasas de arresto o de esclarecimiento son una aproximación a la certeza objetiva, pero desde luego, no es la certeza objetiva real. Del mismo modo, también es cierto que las estrategias disuasorias suelen centrarse únicamente en la modificación de la severidad, dejando intacta la certeza de la sanción. Esto puede estar generando la situación de que, por un lado, al cometer delitos y no ser detectados actualicen su certeza y su percepción del riesgo baje y, por otro lado, también debido a que este tipo de penas tarda en aplicarse, también se puede estar generando un efecto descuento.

⁵⁹⁵ APEL, R., y NAGIN, D. S., «Perceptual Deterrence», en BERNASKO, W., VAN GELDER, J. L., y ELFFERS, H. (EDS.), *The Oxford Handbook of Offender Decision Making*, Oxford University Press, New York, 2017.

este sentido, es difícil que cada arresto y cada modificación en el Código Penal sea considerada tal y como es por todos los ciudadanos cuando la mayoría no se plantea delinquir, pero es posible que tenga una mayor influencia en un grupo de ellos, por lo que quizás, como sugieren estos dos últimos autores, la investigación sobre la correspondencia entre las características objetivas y subjetivas debería centrarse en aquellos individuos que se involucran en el comportamiento criminal⁵⁹⁶. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, y asumiendo lo que sabemos hasta ahora de conformidad con los estudios de calibración, asiste razón a PATERNOSTER cuando expresa que:

El hecho de que las percepciones de las amenazas de sanción no estén fuertemente relacionadas con los niveles reales de castigo no habla bien de la capacidad del sistema de justicia penal para regular la conducta delictiva a través de políticas destinadas a hacer el castigo más seguro, severo o rápido⁵⁹⁷.

En cualquiera de los casos, lo que pone de relieve esta literatura es que es necesaria la investigación en materia de disuasión perceptual porque si es posible manipular las percepciones del riesgo de los potenciales delincuentes mediante una combinación de una legislación bien

⁵⁹⁶ *Ibid*, p. 128.

⁵⁹⁷ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, p. 810. En un mismo sentido, NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence Research...», *ob. cit.*, p. 17: «La literatura sobre la formación de la percepción del riesgo de sanción es pequeña y de alcance limitado. Podría decirse que la medición de la relación entre las políticas de sanción y la percepción del riesgo de sanción es de importancia secundaria con respecto a la medición de la relación entre la política de sanción y el comportamiento». Así, entiende el autor que las siguientes son preguntas relevantes que todavía es necesario explorar: «¿Cómo combinan los posibles infractores la experiencia previa con el sistema de justicia penal y la nueva información sobre las sanciones? ¿Cuánto tiempo suelen tardar las personas en conocer los nuevos regímenes sancionadores? ¿Cómo se enteran de los cambios en las sanciones y qué fuentes de información utilizan para actualizar sus impresiones? ¿Cómo se forman los novatos la impresión de los riesgos de las sanciones? Estas preguntas se refieren a la cuestión más amplia de si las impresiones sobre el riesgo de sanción son fácilmente manipulables» (p. 19).

publicitada⁵⁹⁸ y también por medio de la puesta a disposición de recursos materiales y humanos (aumento de la certeza), es posible que las normas penales y las sanciones (consecuencias) puedan tener un potencial disuasorio y puedan prevenir una parte de las conductas criminales. Del mismo modo, la conceptualización de la disuasión como una teoría de la percepción supone apuntar a la necesidad de investigar y

⁵⁹⁸ KENNEDY muestra cómo algunos estudios han mostrado que la comunicación de la amenaza legal ya sea a través de medios de comunicación, campañas, etc., o por medio de otras vías, puede modificar las percepciones del riesgo y, en consecuencia, puede influir en la disminución del delito. Por ello, para este autor «la comunicación deliberada – y, por extensión, su ausencia– puede ser muy importante. Su ausencia, no obstante, es la norma, casi al punto de la universalidad. Sería posible avisar a aquellas personas a quienes pueden aplicárseles las leyes de “three strikes” de que deberán afrontar ese procesamiento la próxima vez que sean arrestadas: después de todo, sabemos quiénes son porque esa posibilidad se predica a partir de sus antecedentes penales, que podrían ser sencillamente examinados para crear una lista» (KENNEDY, D., *Disuasión...*, ob. cit., p. 65). Ello en cuanto a la comunicación general. Lo cierto es que, en este sentido, una mejor comunicación de la amenaza, una mejor transmisión de la información no solamente sería deseable desde un punto de vista pragmático, sino incluso desde un punto de vista ético. En este sentido, aunque pueda dar la sensación tanto al legislador como a los estudiosos del delito y su prevención que el ciudadano conoce las normas, que es un ciudadano más o menos informado (aunque sea por medio de los medios de comunicación), es necesario tener en cuenta que es posible que esa imagen o figuración no sea real, que mucha gente no sea consciente de los cambios normativos a los que toda la ciudadanía está sujeta. En este sentido, una mejor comunicación e información en este sentido ayudaría a incluir al ciudadano desinformado en la toma de decisiones que le conciernen y también le daría la oportunidad de cumplir con las normas a propósito. Sea como fuere, lo cierto es que diferentes estudios han mostrado que una mayor comunicación o exposición a las consecuencias de los delitos favorece la reducción del delito. Por ejemplo, WEISBURD y colaboradores encontraron que aquellos sujetos que estaban sujetos a la libertad condicional (*probationers*) acaban pagando más las multas que aquellos que no estaban sometidos a tal control. En este sentido, los primeros estaban más expuestos a la información del riesgo de ingresar de nuevo en prisión (WEISBURD, D., EINAT, T., y KOWALSKI, M., «The miracle of the cells: An experimental study of interventions to increase payment of court-ordered fines», en *Criminology and Public Policy*, vol. 7, 2008). En un sentido similar, POGARSKY, G., «Deterrence and individual differences among convicted offenders», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 23, 2017.

analizar cómo se forman esas percepciones, cómo influye el mensaje comunicativo en ellas y cómo pueden verse modificadas⁵⁹⁹, y esta línea de investigación que es perfectamente compatible con la relativa al estudio de la dimensión objetiva de la disuasión, pone de relieve que el potencial preventivo está, sin embargo, en la dimensión subjetiva⁶⁰⁰. En definitiva, algo por lo que nos tenemos que preguntar es por la comunicación de las normas penales y de los riesgos de infringir las mismas. Al fin y al cabo, desde que se enunciara la teoría de la prevención general intimidatoria en todo momento se está hablando explícita o implícitamente de una comunicación general a la ciudadanía de la norma y el castigo. Debemos, pues, interesarnos por cómo se produce, cómo se recibe y cómo influye dicha comunicación en el comportamiento de las personas.

3. LA APORTACIÓN DE LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO

Si bien lo anterior ya supone un hito relevante en materia de disuasión, de las conclusiones en torno a la dimensión subjetiva de la disuasión surgen más preguntas de investigación. Se ha sugerido que es posible con respecto a los resultados de los estudios de calibración que esta forma de operativizar y medir la certeza y severidad percibidas esté induciendo a resultados erróneos en la medida en que cuando se pregunta a los sujetos por dos variables así operativizadas se pueden estar suscitando distribuciones subjetivas que luego puede no corresponder con la realidad. En este sentido, como explica PATERNOSTER, cabría poner en duda que este tipo de estudios estén realmente midiendo las auténticas creencias de los sujetos acerca de la certeza y severidad de la sanción por varias razones. En primer

⁵⁹⁹ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*

⁶⁰⁰ Como afirma POGARSKY «La formación de estas percepciones de amenaza es fundamental para la disuasión y, en general, para la capacidad de la sociedad de controlar la delincuencia con fines disuasorios» (POGARSKY, G., «Deterrence and Decision Making...», *ob. cit.*, p. 242).

lugar, porque pueden producirse sesgos motivacionales en las creencias que informan los sujetos de los estudios. Este sería el caso de los delincuentes que confían demasiado en sus propias percepciones. En segundo lugar, porque como analizaremos a continuación con más detalle, los sujetos que tienen que tomar decisiones sobre la base de la probabilidad, como los potenciales delincuentes, incurren en errores y sesgos cognitivos al emplear heurísticos como el de anclaje o el de disponibilidad⁶⁰¹.

Como consecuencia de lo anterior, un campo de estudio realmente prometedor en el ámbito de la disuasión es el que aportan los estudios de economía del comportamiento⁶⁰², y en el

⁶⁰¹ PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*, p. 93.

⁶⁰² Este campo de estudio al que se le conoce en la literatura de escritura inglesa como *Behavioral Economics* es la combinación de la psicología y la economía para tratar de analizar qué pasa en los mercados cuando los agentes tienen limitaciones y complicaciones (MULLAINATHAN, S., y THALER, R. H., «Behavioral economics», 2000. Disponible en: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w7948/w7948.pdf). Se trata de una línea de investigación que, reconociendo el gran aporte de la economía el estudio del comportamiento, también señala sus limitaciones como la premisa del sujeto racional. En este sentido, se combina el enfoque económico junto con los hallazgos en psicología sobre el comportamiento. Como explican HAYDEN y ELLIS, «hay razones suficientes para concluir que la teoría económica, tal como está, es defectuosa. Aunque los modelos económicos han tenido sus éxitos, un amplio y creciente conjunto de pruebas empíricas revela que las personas a menudo no cumplen con el ideal de actor racional de la economía estándar. Resulta que las personas reales utilizan atajos mentales. Muestran sesgos sistemáticos a la hora de emitir juicios. Y en ocasiones toman medidas que entran en conflicto con sus intereses, tanto a largo como a corto plazo. En consecuencia, el comportamiento de las personas reales suele ser contrario al que predice la teoría económica estándar» (HAYDEN, G., y ELLIS, S. E., «Law and Economics After Behavioral Economics», en *Kansas Law Review*, vol. 55, 2007, pp. 629-630). En el mismo sentido, para THALER el estudio del comportamiento económico no es más que economía, pero basada en asunciones o premisas más realistas y descripciones del comportamiento humano. Se trata solamente de economía, pero con mucho más poder explicativo porque los modelos se ajustan mejor a los datos (THALER, R. H., *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, Norton, New York, 2015, p. 23). Sin embargo, es un campo de estudio que se ha abierto también al estudio del crimen y trata de complementar el análisis

que un sector de la criminología comienza a interesarse dado el rendimiento que puede ofrecer en la prevención del delito⁶⁰³. De esta forma, este ámbito de estudio trata de aprovechar los hallazgos empíricos procedentes especialmente de la psicología cognitiva para desafiar o complementar al enfoque económico, pero, especialmente, pone en entredicho la premisa fundamental de la racionalidad de los seres humanos en la toma de decisiones⁶⁰⁴. En palabras de THALER, este campo de estudio

económico del derecho, con el objetivo último de aprovechar todo el conocimiento para aumentar las posibilidades de prevención, explotando, por ejemplo, los sesgos y los heurísticos (véase POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J., «Offender Decision-Making in Criminology...», *ob. cit.*; GAROUPA, N., «Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review», en *European Journal of Law and Economics*, vol. 15, 2003; entre otros).

⁶⁰³ Entre ellos, especialmente, POGARSKY, G., ROCHE, S. P., Y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology...», *ob. cit.*; y PICKETT, J. T., «Using Behavioral Economics to Advance Deterrence Research and Improve Crime Policy: Some Illustrative Experiments», en *Crime & Delinquency*, vol. 64, núm. 12, 2018. Asimismo, cabe esperar que este extremo adquiriera una mayor relevancia, pues todavía es incipiente el interés en el ámbito de la criminología. En este sentido, también es cierto que tal y como señala HAREL, en muchas ocasiones los estudios de la economía del comportamiento tratan de aplicar conocimientos que ya existen en psicología a un área específica. En nuestro caso, sería al ámbito penal y criminológico. Pero esto tiene un riesgo metodológico evidente, puesto que el objeto de estudio de la economía del comportamiento es especialmente sensible al contexto (HAREL, A., «Behavioral analysis...», *ob. cit.*).

⁶⁰⁴ Así, para HAREL es importante la distinción entre complemento y desafío: «Los científicos del comportamiento complementan las conclusiones atribuyendo a los individuos determinadas preferencias sobre la base de observaciones psicológicas. Así, por ejemplo, los científicos del comportamiento pueden establecer que, en determinadas circunstancias, los individuos pueden ser reacios al riesgo o amantes del riesgo según la forma en que enmarquen una elección determinada o que descuenten los beneficios futuros. Estas disposiciones no las exige la racionalidad, pero tampoco las excluye. A veces, los científicos del comportamiento van más allá y cuestionan las conclusiones de la teoría económica señalando que los individuos son "irracionales"; se forman creencias falsas o erróneas que no están respaldadas por las pruebas de las que disponen [...]; evalúan las probabilidades basándose en pruebas anecdóticas; toman decisiones en función de la forma en que se les presentan las circunstancias (encuadre) y no en función de cómo son realmente las cosas» (HAREL, A., «Behavioral

es como el enfoque económico, pero con una R^2 mayor⁶⁰⁵. Lejos de entender esta racionalidad limitada como un aspecto negativo o derrotista frente a la posibilidad de entender el comportamiento de las personas ante las normas o las amenazas legales para poder predecirlo y así prevenir el crimen, reconoce y parte de estos hallazgos para utilizarlos con el objetivo de aumentar las posibilidades disuasorias de la amenaza legal⁶⁰⁶. Se trata en definitiva de encontrar aquellas reglas o «atajos cognitivos» que la mayoría de las personas llevamos a cabo para poder predecirlos. Son principalmente tres los aspectos de la economía del comportamiento que interesan a nuestro objeto de estudio: a) la teoría prospectiva (*prospect theory*); b) el proceso dual de toma de decisiones (*dual-process decision-making*); y, c) los heurísticos y sesgos⁶⁰⁷.

3.1. TEORÍA PROSPECTIVA

Esta teoría, formulada por TVERSKY y KAHNEMAN ⁶⁰⁸ como alternativa a la *Expected Utility Theory* parte, al igual que la teoría de la elección racional, de que las personas tratan de maximizar

analysis...», *ob. cit.*, p. 573). Sin embargo, estas cuestiones han estado siempre de fondo en la literatura en materia de disuasión. Especialmente cuando, como hemos visto en los anteriores apartados, surgen las críticas al enfoque económico de la disuasión y entre las que se encuentra la cuestión de la racionalidad limitada. Si bien es cierto que lo que ofrece la literatura en materia de economía del comportamiento es un esquema sistemático a partir del cual mirar esa irracionalidad o esas limitaciones que fueron reconocidas por SIMON ya en su momento, esquema que, además, procede de lo que la psicología social y cognitiva ha ido descubriendo empíricamente sobre la forma en la que las personas toman decisiones.

⁶⁰⁵ THALER, R. H., «Doing economics without homo economicus», en MEDEMA, S. G., y SAMULES, W. J. (EDS.), *Exploring the foundations of research in economics: How should economists do economics?*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 1996, p. 12,

⁶⁰⁶ GAROUPA, N., «Behavioral Economic Analysis...», *ob. cit.*

⁶⁰⁷ POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology...», *ob. cit.* Asimismo, HAREL, A., «Behavioral analysis...», *ob. cit.*, y también POGARSKY, G., «Heuristics and Biases in the Criminology of Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

⁶⁰⁸ KAHNEMAN, D., y TVERESKY, A., «Prospect Theory...», *ob. cit.*

los resultados, pero, sin embargo, la evaluación de las consecuencias o de esos resultados no es como propone la teoría de la elección racional⁶⁰⁹. Para entender esta teoría debemos partir de los diferentes tipos de sujetos en función de su actitud hacia el riesgo en la toma de decisiones. En este sentido, puede hablarse básicamente de tres tipos de sujetos ante una toma de decisión: los individuos neutrales al riesgo (*neutral-risk*); los que tienen aversión al riesgo (*risk-averse*); y los propensos al riesgo (*risk-seeking*). Si partimos de que el valor esperado de una sanción es igual al tamaño de la sanción (i.e. importe) multiplicado por la probabilidad de que se imponga o ésta ocurra, un individuo es neutral al riesgo cuando se muestra indiferente (no se ve afectado) ante dos sanciones que tienen el mismo valor esperado. En cambio, una persona tendrá aversión al riesgo si le disuade más una sanción dura con una baja probabilidad que una sanción leve con una alta probabilidad. Por último, una persona tendrá una preferencia al riesgo cuando se vea disuadido más por una sanción leve con una alta probabilidad que con una sanción dura con una baja probabilidad de que se imponga finalmente⁶¹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta teoría indica que la gente toma mayormente decisiones de tipo *risk-averse* cuando elige entre opciones que suponen ganancias y, sin embargo, adoptan una actitud de *risk-seeking* cuando tienen que elegir entre opciones que aparecen como pérdidas. En este sentido, véase uno de los experimentos de laboratorio de TVERSKY y KAHNEMAN⁶¹¹ en el que los participantes recibían la siguiente información y tenían que elegir entre dos opciones:

Asume que eres más rico en 300 dólares de lo que eres hoy.
Tiene que elegir entre:

- Una ganancia segura de 100 dólares

⁶⁰⁹ GUTHRIE, C., «Prospect Theory, Risk Preference & the Law», en *Northwestern University Law Review*, vol. 97, 2002.

⁶¹⁰ HAREL, A., «Behavioral analysis...», *ob. cit.*

⁶¹¹ KAHNEMAN, D., y TVERSKY, A., «Prospect Theory...», *ob. cit.*

- 50% de posibilidades de ganar 200 dólares, y 50% de posibilidades de no ganar nada

En este caso, el 78% de la muestra (N=126) optó por los 100 dólares, mientras que solo el 28% optó por la opción de los 200 dólares.

En un segundo supuesto los participantes se enfrentaron a la siguiente decisión:

Asume que eres más rico en 500 dólares de lo que eres hoy.
Tiene que elegir entre:

- Una pérdida segura del 100%.
- Un 50% de posibilidades de no perder nada y un 50% de posibilidades de perder 200 dólares.

Aquí el 64% de los participantes optaron por la segunda opción y el 36% lo hicieron por la primera. La diferencia entre ambos casos está en el encuadre, mostrando que los sujetos tienden a tomar decisiones arriesgadas cuando se trata de pérdidas, y seguras cuando se trata de ganancias. Del mismo modo, la diferencia de la cantidad inicial de la que parten (300 vs. 500 dólares) no muestra ningún efecto significativo en la toma de decisiones. Por otro lado, también mostraron que los sujetos tienden a sobrevalorar los resultados que están asegurados y a infravalorar los que son resultados probables (*certainty effect*)⁶¹². Dicho de otro modo, las personas perciben las ganancias y las pérdidas de manera totalmente diferente,

⁶¹² Así, como explican THOMAS y LOUGHRAN, «Considere la posibilidad de elegir entre un 80% de posibilidades de recibir 4.0000 dólares y un 20% de no ganar nada frente a una ganancia segura de 3.000 dólares. Observe que la ganancia esperada es mayor en la primera opción (UE)3200 dólares), pero las investigaciones indican que los individuos son más propensos a seleccionar la segunda opción. Además, la investigación también indica que los individuos tienen una tendencia a tratar los resultados extremadamente probables, pero inciertos, como si fueran seguros, lo que se conoce como efecto de pseudocerteza» (THOMAS, K., J., y LOUGHRAN, T. A., «Rational Choice», en BRUINSMA, G., y WEISBURD, D. (EDS.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, New York, 2014, p. 4302).

teniendo un impacto negativo mayor una pérdida incluso cuando es equivalente al resultado de una ganancia⁶¹³. Por otro

⁶¹³ Consideremos otro ejemplo de KAHNEMAN y TVERSKY sobre la aversión a las pérdidas: Los autores realizaron el siguiente test sobre una muestra de 152 sujetos:

Imagínese que los EE.UU. se preparan para el brote de una inusual enfermedad asiática, que se espera que mate a 600 personas. Se han propuesto dos programas alternativos para combatir la enfermedad. Supongamos que las estimaciones científicas exactas de las consecuencias de los programas son las siguientes:

Si se adopta el programa A, se salvarán 200 personas.

Si se adopta el programa B, hay 1/3 de probabilidad de que se salven 600 personas y 2/3 de probabilidad de que no se salve ninguna.

El 72% de los participantes optaron por el programa A, mientras que solo el 28% optaron por el programa B, a pesar de que la utilidad esperada de ambos programas es la misma. Así, en el programa A hay un 100% de probabilidades de salvar a 200 personas ($200 \times 1 = 200$) y en el plan B hay un 1/3 de probabilidades de salvar a 600 personas ($600 \times 1/3 = 200$). En este sentido, TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Rational choice and the framing of decisions», en VV. AA., *Multiple criteria decision making and risk analysis using microcomputers* (pp. 81-126), Springer, Berlin, 1989, p. 17, explican que «En el problema 5, los resultados se expresan en términos positivos (vidas salvadas) y la elección mayoritaria es, en consecuencia, de aversión al riesgo. La perspectiva de salvar 200 vidas es más atractiva que una perspectiva arriesgada de igual valor esperado». Esto vendría a mostrar, de nuevo, que las personas no solamente toman decisiones sobre la base de los resultados esperados, sino que tienen una preferencia hacia el resultado que perciban como más cierto o seguro. Pero, además, esta preferencia por la certeza del resultado solamente se mantiene cuando las opciones se enmarcan como pérdidas, pero no cuando se enmarcan como ganancias. A un segundo grupo de personas (N=155) se les ofreció la misma *cover story* pero se les dio las siguientes alternativas:

Si se adopta el Programa C, morirán 400 personas.

Si se adopta el Programa D hay 1/3 de probabilidad de que no muera nadie, y 2/3 de probabilidad de que mueran 600 personas

En este caso, solo el 22% de la muestra eligió el programa C mientras que el 78% de la muestra eligió el programa D, pero la utilidad esperada sigue siendo la misma (con el Programa C hay un 100% de probabilidades de que 400 personas mueran [$400 \times 1 = 400$], y con el programa D hay 2/3 de que 600 personas mueran [$600 \times 2/3 = 400$]). Los supuestos son idénticos, pero la diferencia está en si se presenta la información como ganancias (salvar 200 vidas) o como pérdidas (perder 400 vidas). En la primera opción las personas tienden a elegir el resultado que perciben más cierto o más seguro

lado, esta teoría también muestra que las personas no evalúan la utilidad de una acción por la cantidad total de un bien, sino que se tiene en todo momento un punto de referencia (*status quo*, expectativas establecidas o aspiraciones) y que, por tanto, medimos la utilidad dependiendo de ese punto de referencia⁶¹⁴.

(*risk-averse*), mientras que en el segundo caso tienden a elegir la opción que perciben como más arriesgada (*risk-seeking*). Así TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Rational choice and the...», *ob. cit.*, p. 17: «Los problemas 5 y 6, sin embargo, son esencialmente idénticos. Sólo se diferencian en que el primero se plantea en términos de número de vidas salvadas (en relación con una pérdida prevista de 600 vidas si no se toma ninguna medida), mientras que el segundo se plantea en términos de número de vidas perdidas». Tomemos un ejemplo más cercano en el tiempo e incluso, anecdóticamente, a la academia. Se trata del experimento que llevaron a cabo GÄTCHER, ORZEN RENNER y STARMER en 2009 (GÄCHTER, S., ORZEN, H., RENNER, E., y STARMER, C., «Are experimental economists prone to framing effects? A natural field experiment», en *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 70, 2009). Estos autores aprovecharon un Congreso de la Asociación de Ciencia Económica (*Economic Science Association*) para enviar a los asistentes un correo electrónico recordando la fecha límite para registrarse y las consecuencias de no hacerlo a tiempo. Sin embargo, dividieron a esta muestra de jóvenes asistentes en dos. Así, también había una muestra de seniors, pero en este caso éstos no se veían tan afectados. El primer grupo recibió el siguiente correo electrónico: «Aprovechamos la ocasión para recordarles que el descuento en la cuota de inscripción anticipada está disponible hasta el 10 de julio de 2006». El segundo grupo, en cambio, recibió el siguiente: «Aprovechamos la ocasión para recordarle que la cuota de la conferencia incluirá una penalización por inscripción tardía después del 10 de julio de 2006». Así, entre la muestra de jóvenes asistentes al Congreso, todo el grupo que recibió el correo anunciando la sanción por registrarse tarde lo hizo a tiempo, mientras que un tercio de los jóvenes asistentes que recibieron el mensaje más beneficioso (en términos de descuento) se registró tarde. La consecuencia de ambos correos electrónicos es en realidad la misma, pero el valor de un bien dependería en lo que la persona percibe que gana y que pierde.

⁶¹⁴ En este sentido, tal y como explican THOMAS, K., y LOUGHRAN, T., «Rational Choice...», *ob. cit.*, p. 4300: «Las personas no suelen tomar decisiones en función de su utilidad neta, como predice la teoría de la utilidad esperada, sino que codifican los resultados de las decisiones de comportamiento como ganancias o pérdidas en relación con un punto de referencia. El punto de referencia suele corresponder a los bienes actuales o al *statu quo*, pero también puede incluir las expectativas de la persona y representa el punto cero de su escala de valores. En consecuencia, la

Asimismo, TVERSKY y KAHNEMAN observan que los sujetos tratan de forma diferente las ganancias y las pérdidas en dos sentidos: en primer lugar, la función de utilidad es distinta para las ganancias (cóncava) que para las pérdidas (convexa), siendo ésta última más pronunciada. En la Ilustración 3 podemos observar una representación típica de la función de utilidad (enfoque económico) y la función de la teoría prospectiva en la que se pueden observar grandes diferencias.

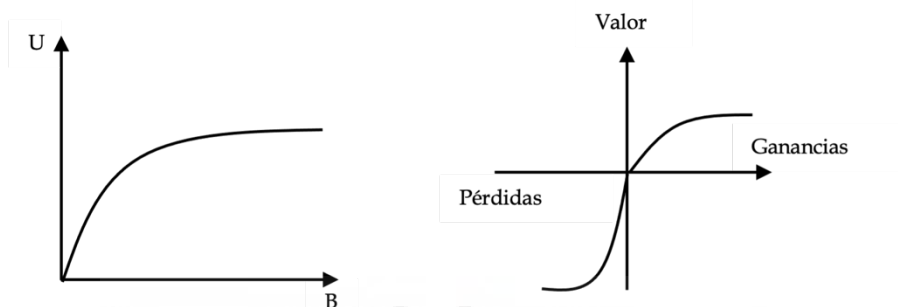


Ilustración 3. Representación típica de las funciones del modelo de la utilidad (izquierda) y el modelo de la teoría prospectiva (derecha)

En este sentido, la toma de decisiones arriesgadas tendría dos propiedades: por un lado, una disminución de la sensibilidad y por otro lado una aversión a las pérdidas. En cuanto al primero, sugiere que, como explica STARMER «el impacto psicológico de un cambio marginal disminuirá a medida que nos alejemos de un punto de referencia». Por ello, utilizando el ejemplo de THOMAS y LOUGHRAN, se percibe un impacto mayor sobre una ganancia que aumenta de 10 a 20 euros, mientras que la ganancia que implica aumentar de 110 a 120 euros no tiene tanto impacto. Y en el caso de las pérdidas,

utilidad esperada de una elección se evalúa como desviaciones de esta escala subjetiva de cero [...] En pocas palabras, los beneficios y los costes objetivos de las elecciones de comportamiento pueden tener efectos considerablemente variados entre los individuos, dependiendo de la posición patrimonial inicial de cada uno».

⁶¹⁴ KAHNEMAN, D., y TVERESKY, A., «Prospect Theory...», *ob. cit.*, p. 274.

también se produciría un efecto similar, y es lo que aplicado a nuestro ámbito explicaría que los aumentos marginales en la severidad de la sanción no tuvieran un efecto tan motivador como cabría esperar. Esto es: un aumento de la pena de prisión de 1 a 2 años tendrá más impacto que un aumento de 11 a 12 años⁶¹⁵. En segundo lugar, el efecto de aversión a la pérdida implica que los individuos tenderían a valorar más el bien que ya tienen que el bien que no. De nuevo, tomando como ejemplo el ofrecido por THOMAS y LOUHRAN, en un escenario en el que hay un 50% de posibilidades de ganar 50 euros y otro en el que hay un 50% de posibilidades de perder 50 euros, la segunda opción es mucho menos atractiva que la primera⁶¹⁶.

Así, desde el ámbito de la psicología se ha tratado de, primero, analizar cómo realmente se toman decisiones que implican un determinado riesgo y que ponen en entredicho la teoría de la elección racional y, segundo, cómo se produce ese proceso de toma de decisiones a nivel cognitivo⁶¹⁷, asumiendo

⁶¹⁵ THOMAS, K., y LOUHRAN, T., «Rational Choice...», *ob. cit.*

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ En este sentido, es importante tener en cuenta que la decisión bajo la teoría prospectiva implica dos fases: la primera, la fase de edición y, la segunda, la fase de evaluación. En la fase de edición las prospectivas se editan utilizando una variedad de heurísticos. Como explican THOMAS y LOUHRAN «mediante el uso de varias heurísticas, los individuos realizan varias operaciones que transforman los resultados y sus probabilidades asociadas para permitir una evaluación sencilla de la prospectiva». En este sentido, en esta primera fase se producen diversas operaciones mentales (*Ibid.*, p. 4302). Por un lado, la codificación que define cada prospectiva como una pérdida o una ganancia en relación con el punto de referencia neutral. Por otro, también se produce una operación de combinación, en la que se combinan las probabilidades para los mismos resultados y, por último, también se producen operaciones de segregaciones, que implica separar los componentes sin riesgo de las prospectivas de los componentes con riesgo. Además, KAHNEMAN y TVERSKY también identifican que los sujetos comparan dos o más resultados en la fase de edición utilizando la cancelación, la simplificación y la detección de dominancia. Posteriormente tiene lugar la segunda fase, la de la evaluación. En esta fase es cuando el sujeto tiene que decidir entre los prospectos o posibilidades generadas en la fase previa. «En esta fase, los individuos seleccionan la prospectiva editada

que este proceso está compuesto de dos fases: una fase de edición (*editing*⁶¹⁸) en la que se construyen las opciones encuadradas, y una segunda fase que es la de evaluación⁶¹⁹, y en la que es donde el individuo hace un balance a partir del resultado de la fase de edición y toma la decisión. Con respecto a este último TVERSKY y KAHNEMAN muestran que los individuos hacen esa prospectiva utilizando diversos heurísticos antes de evaluar la utilidad del resultado. En este sentido, afirman los autores que «la ubicación del punto de referencia, y la consiguiente codificación de los resultados como ganancias y pérdidas, puede verse afectada por la formulación de las prospectivas ofrecidas»⁶²⁰. En este sentido, como advierten THOMAS y LOUHRAN, las características situacionales pueden encuadrar (*framing*) el proceso por el cual las personas

maximizada, determinada por una función de utilidad ponderada de decisión simple que transforma las probabilidades en pesos que afectan al valor global de la prospectiva y evalúa el valor subjetivo de cada resultado en relación con un punto de referencia que sirve como punto cero en una escala de valores» (THOMAS, K., y LOUHRAN, T., «Rational Choice...», *ob. cit.*, p. 4303). En el mismo sentido, STARMER, C., «Developments in Non-Expected Utility Theory: The Hunt for a Descriptive Theory of Choice under Risk», en *Journal of Economic Literature*, vol. 38, 2000.

⁶¹⁸ En este sentido, explica MUEHLBACHER respecto a esta fase de edición que: «En la fase de edición, el problema de decisión es organizado mentalmente, simplificado y reformulado por el decisor. Se supone, por ejemplo, que, para facilitar la elección, se combinan los resultados similares de una decisión compleja, se separan los componentes sin riesgo de los componentes con riesgo y se descartan los componentes que comparten todos los resultados de la decisión. Además, se redondean los números, se descartan los resultados extremadamente improbables y, si una alternativa domina a las demás, éstas se rechazan sin más evaluación. Sin embargo, el proceso más importante de la fase de edición es la codificación de los resultados como ganancias y pérdidas» (MUEHLBACHER, S., «Prospect Theory and Tax Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 36).

⁶¹⁹ *Ibidem*: «En la segunda fase del proceso de decisión se evalúan los resultados y sus probabilidades asociadas se transfieren a pesos de decisión. La evaluación se realiza mediante una función de valor que transforma los resultados en su correspondiente valor subjetivo».

⁶²⁰ KAHNEMAN, D., y TVERESKY, A., «Prospect Theory...», *ob. cit.*, p. 274.

codifican y evalúan las posibilidades. Así, hipotetizan los autores que

[...] el encuadre y el uso de la heurística de la disponibilidad pueden explicar por qué los individuos sobreestiman sistemáticamente la certeza de la detención en los estudios de autoinforme sobre la delincuencia. Gran parte del conocimiento de los individuos sobre el delito proviene de los relatos de los medios de comunicación, lo que puede hacer que los individuos perciban que el *statu quo* sobre la certeza de la detención es alto. Sin embargo, cuando se enfrentan a situaciones en las que es posible delinquir, los individuos pueden desarrollar un nuevo *statu quo* a partir del cual analizar las opciones de comportamiento⁶²¹

Pese a que la teoría prospectiva supuso una revolución en psicología en el ámbito de la toma de decisiones, y vino a poner en duda un paradigma de peso como es la elección racional, su aplicación e integración en el ámbito criminológico es todavía incipiente⁶²². Así, son pocos los estudios que específicamente hayan tratado la cuestión⁶²³. No obstante, explican THOMAS y LOUGHRAN que de conformidad con los escasos estudios que parten de la teoría prospectiva, las predicciones de ésta encajan mucho más con los datos sobre delincuencia de lo que lo hacen las predicciones del modelo de la elección racional⁶²⁴. En este sentido, en un interesante estudio llevado a cabo por LOUGHRAN y colaboradores en 2012, mostraron que el riesgo percibido solamente tenía un efecto disuasorio cuando la probabilidad de arresto realmente superaba el 30 y el 40% (*tipping effect*)⁶²⁵, porcentaje a partir del cual se producía un incremento en el

⁶²¹ THOMAS, K., y LOUGHRAN, T., «Rational Choice...», *ob. cit*

⁶²² PICKETT, J. T., BARNES, J. C., WILSON, T., y ROCHE, S. P., «Prospect Theory and Criminal Choice: Experiments Testing Framing, Reference Dependence, and Decision Weights», en *Justice Quarterly* vol. 37, núm. 6, 2020.

⁶²³ Para una revisión en la materia, POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology...», *ob. cit*.

⁶²⁴ THOMAS, K., y LOUGHRAN, T., «Rational Choice...», *ob. cit*.

⁶²⁵ LOUGHRAN, T. A., POGARSKY, G., PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., «Re-examining the functional form of the certainty effect in deterrence theory», en *Justice Quarterly*, vol. 29, 2012.

efecto marginal⁶²⁶. En otro estudio, WICHARD y FELSON se preguntaron sobre los motivos que llevaban a determinados infractores a resistirse a ser arrestados. Para ello partieron de tres posibilidades: a) se resisten porque no respetan a la autoridad; b) porque toman esa decisión arriesgada sobre la base de la aversión a las pérdidas; c) se resisten como consecuencia de tener una enfermedad mental o por dependencia a las drogas. Entre sus resultados encuentran que los sospechosos tendían más a resistirse si estaban bajo condicional o si estaban en posesión de contrabando. Sin embargo, teniendo en cuenta que resistirse en esos casos sería una decisión arriesgada en la medida en que rara vez puede tener éxito, los autores explican que la teoría prospectiva puede ayudar a explicar este comportamiento. En concreto, exponen que

[...] los encuentros de detención que implican contrabando y estatus legales vulnerables son precisamente los tipos de situaciones en las que se espera que los sesgos cognitivos identificados por la teoría de las perspectivas sean más fuertes. La aversión a la pérdida aumenta la probabilidad de que los sospechosos se resistan a pesar de la baja probabilidad de éxito y el alto riesgo de resultados negativos⁶²⁷.

⁶²⁶ Este efecto, es lo que la literatura ha denominado *tipping effect*, y que hace referencia a que el riesgo percibido (certeza de ser aprehendido) solamente tiene efecto a partir de un determinado umbral que la literatura ha situado en el 30%.

⁶²⁷ WHICHARD, C., y FELSON, R. B., «Are Suspects Who Resist Arrest Defiant, Desperate, or Disoriented?», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 2016, pp. 17-18. En este sentido, llegan a la conclusión de que en estos supuestos la decisión de resistirse se puede entender mejor como una decisión desesperada y de decisores desorientados. Así, esto concuerda con lo afirmado por KAHNEMAN cuando explica que: «Aquí es donde las personas que se enfrentan a opciones muy malas hacen apuestas desesperadas, aceptando una alta probabilidad de empeorar las cosas a cambio de una pequeña esperanza de evitar una gran pérdida. La asunción de riesgos de este tipo suele convertir fracasos manejables en desastres. La idea de aceptar la gran pérdida segura es demasiado dolorosa, y la esperanza de un alivio total demasiado tentadora, para tomar las decisiones sensatas de que es el momento de cortar las pérdidas» (KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, Straws and Giroux, New York, 2011, p. 319).

Por otro lado, BUSHWAY y OWENS analizaron los datos de sentencias y antecedentes penales de Maryland con el objetivo de analizar la premisa de la dependencia del punto de referencia y la capacidad disuasoria de la pena de prisión. En estos supuestos, los jueces pueden desviarse o apartarse de las directrices de las denominadas *sentencing guidelines*, y sobre la base de estas desviaciones se suelen modificar estas directrices periódicamente para que éstas se ajusten mejor a lo que vienen aplicando los jueces. De acuerdo con la teoría prospectiva, estos autores hipotetizaron que la aversión al riesgo (volver a cometer un delito) debería depender del castigo que el delincuente espera recibir y, por tanto, modificar las *sentencing guidelines* podía hacer cambiar el punto de referencia del delincuente y producir más reincidencia. En este sentido, si hay dos acusados y el primero espera una sentencia de 8 años de cárcel conforme a su punto de referencia, pero finalmente solo recibe 4, y otro acusado espera 4 años y recibe efectivamente 4, el segundo tendrá más aversión al riesgo que el primero⁶²⁸. Efectivamente estos autores encontraron que una mayor diferencia entre la amenaza del castigo real y la esperada estaba relacionada con una mayor reincidencia⁶²⁹.

Parece, pues, que las asunciones de la teoría prospectiva encajan bien con los resultados de algunos estudios que tratan de analizar y explicar determinados datos relacionados con el crimen o con el sistema de justicia penal a partir de ese marco teórico⁶³⁰. Sin embargo, cuando estas asunciones se han testado mediante experimentos en el ámbito que nos resulta de interés, los resultados no han sido tan prometedores. Parece que, aunque deberemos esperar a una mayor evidencia empírica, la

⁶²⁸ POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology...», *ob. cit.*

⁶²⁹ BUSHWAY, S. D., y OWENS, E. G., «Framing punishment: incarceration, recommended sentences, and recidivism», en *Journal of Law Economics*, vol. 56, 2013.

⁶³⁰ Véase la revisión de la literatura que llevan a cabo POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology», *ob. cit.*

teoría prospectiva en el ámbito de la criminología explica mejor a *posteriori* determinados resultados criminológicos. En un reciente e interesante estudio realizado por PICKETT y colaboradores⁶³¹, llevaron a cabo diversos experimentos de laboratorio con el objetivo de poner a prueba las principales asunciones de la teoría prospectiva: a) los efectos de encuadre que tiene presentar la información como una pérdida o una ganancia; b) si los beneficios o las pérdidas con respecto al punto de referencia convierten en más atractiva la oportunidad criminal; y, c) si el balance de la decisión es no lineal con respecto a la probabilidad del resultado. Sin embargo, prácticamente ninguna de estas asunciones se vio apoyada por los datos de este estudio. Y, si bien los autores tratan de analizar algunos motivos por los que han obtenido resultados negativos sobre algo que en psicología y en el ámbito de la toma de dediciones está bastante consolidado, es necesaria más investigación en la materia⁶³².

3.2. PROCESO DUAL DE LA TOMA DE DECISIONES

Si bien la teoría prospectiva es el punto de referencia en la economía del comportamiento, el proceso dual de la toma de decisiones supone un avance al respecto en términos de conceptualizar cómo se tomarían las decisiones. En este sentido, KAHNEMAN muestra en una de sus obras más populares, *Thinking, Fast and Slow*⁶³³, que hay dos tipos de procesos cognitivos a los que denomina Sistema 1 (proceso intuitivo) y Sistema 2 (proceso de razonamiento), cada uno con sus propias

⁶³¹ PICKETT, J., T., BARNES, J. C., WILSON, T., y ROCHE, S. P., «Prospect Theory...», *ob. cit.*

⁶³² En todo caso, si bien es necesaria mucha más investigación en este ámbito, quizás no se trate de rechazar completamente la teoría de la elección racional, pues la misma pue ser útil bajo determinadas condiciones, ni tampoco asumir que esa teoría tiene la capacidad de explicar toda la toma de decisiones. Se trata más bien de aprovechar todo el conocimiento empírico que se pueda obtener desde la perspectiva de la economía del comportamiento para enriquecer el modelo (Así, GAROUPA, N., «Behavioral Economic...», *ob. cit.*

⁶³³ KAHNEMAN, D., *Thinking...*, *ob. cit.* Asimismo, véase su explicación en KAHNEMAN, D., «A Perspective on Judgement and Choice: Mapping Bounded Rartionality», en *American Psychologist*, vol. 58, núm. 9, 2003.

características⁶³⁴. Así, mientras que el Sistema 1 (intuición) se caracteriza por tener un proceso normalmente rápido, automático, que no requiere de esfuerzo, asociativo, implícito y por tanto no disponible a la introspección y normalmente emocionalmente cargado, en el que además el hábito juega un rol importante; el Sistema 2 (razonamiento) se caracteriza por tener un proceso cognitivo más lento, serial, que requiere de esfuerzo, con mayor probabilidad de ser conscientemente monitorizado y deliberadamente controlado⁶³⁵. Si trasladamos este esquema al ámbito del crimen, el Sistema 2 respondería al tipo de razonamiento que asume el enfoque económico tradicional, el del delincuente racional, en el que el infractor piensa detenidamente, de manera deliberada y con la lentitud necesaria que requiere el cálculo racional de costes y beneficios descrito por la teoría de la elección racional. Pero en muchas ocasiones, la acción delictiva tiene más que ver con el Sistema 1 que con el Sistema 2, donde los delincuentes tienen que tomar decisiones rápidas sobre eventos futuros como el riesgo de ser detenido o sancionado⁶³⁶.

⁶³⁴ En este sentido, como señalan KAHNEMAN y FREDERICK: «Cognitive processes can be partitioned into two main families -traditionally called intuition and reason» (KAHNEMAN, D., y FREDERICK, S., «A Model of Heuristic Judgment», en JOLYOAK, K. J., y MORRISON, R. G. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 51)

⁶³⁵ Asimismo, explica KAHNEMAN 2003 que «el efecto de las tareas cognitivas concurrentes proporciona la indicación más útil de si un proceso mental determinado pertenece al Sistema 1 o al Sistema 2. Dado que la capacidad global de esfuerzo mental es limitada, los procesos con esfuerzo tienden a perturbarse mutuamente, mientras que los procesos sin esfuerzo no causan ni sufren grandes interferencias cuando se combinan con otras tareas» (KAHNEMAN, D., «A perspective...», *ob. cit.*, 698).

⁶³⁶ En este sentido, POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology...», *ob. cit.*, p. 386, citan lo descrito por GOTTFREDSON y HIRSCHI con respecto al hecho de que la mayor parte de los delitos en Estados Unidos son mundanos y triviales y no implican grandes pérdidas ni tampoco grandes ganancias y, en ocasiones, incluso no producen los resultados que el delincuente espera. Al respecto, señalan que: «Esta influyente descripción de la naturaleza del delito deja un amplio margen para la imprevisión-automatización y la ausencia general de

Por lo que se refiere a la aplicación de este esquema al ámbito criminológico, como ponen de relieve POGARSKY y colaboradores⁶³⁷, hay dos contribuciones esenciales al respecto: por un lado, el trabajo de PATERNOSTER y POGARSKY y su conceptualización de la toma de decisiones reflexiva (*Thoughtfully Reflective Decision-Making, TRDM*)⁶³⁸ y, por otro, la contribución de VAN GELDER y VRIES con respecto a la perspectiva de «en caliente/en calma» (*hot/cool*)⁶³⁹. Para PATERNOSTER y POGARSKY, una parte importante de lo que significa actuar de manera racional y con capacidad (*agency*)⁶⁴⁰ es el proceso de toma de decisiones reflexiva. En este sentido, afirman los autores que «actuamos como agentes cuando perseguimos intencionadamente unos objetivos y nos comprometemos deliberadamente con un curso de acción diseñado para alcanzar esos objetivos». Esto es: una persona actúa de forma racional aplicando este proceso cuando sus decisiones son consistentes con sus preferencias⁶⁴¹, y, en tanto en cuanto ello sea así, es posible realizar predicciones sobre las conductas. En este sentido, este proceso estaría compuesto por cuatro elementos: a) en primer lugar, la recolección de toda la información que se requiere para tomar una determinada

contemplación cercana. Todas estas condiciones conducen a la toma de decisiones heurísticas».

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ PATERNOSTER, R., y POGARSKY G., «Rational choice, agency, and thoughtfully reflective decision making: the short- and long-term consequences of making good choices», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27, 2009.

⁶³⁹ VAN GELDER, J. L., y VRIES, R. E., «Traits and states: integrating personality and affect into a model of criminal decision making», en *Criminology*, vol. 50, 2012.

⁶⁴⁰ Véanse al respecto las últimas discusiones con respecto a la conceptualización de la agencia o capacidad del sujeto infractor y sobre la compatibilidad de tal atribución con las teorías criminológicas positivista en THOMAS, K. J., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T. A., «Paternoster on Human Agency and Crime: a Rejoinder to Critics on His Behalf», en *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, vol. 7, 2021.

⁶⁴¹ PATERNOSTER, R., y POGARSKY G., «Rational choice, agency...», *ob. cit.*, p. 121.

decisión; b) tratar de buscar o pensar en soluciones alternativas; c) deliberar de manera sistemática cuál es la mejor alternativa; y, d) analizar retrospectivamente cómo de resolutivo y buen decisor fue el sujeto cuando se le planteó la situación⁶⁴². Con respecto a este enfoque, los autores indican que este proceso varía en función del sujeto y el tiempo, y también con respecto a los diferentes tipos de decisiones, pero que, y aunque una gran cantidad de decisiones que se toman en el día a día tienen que ver con la intuición, el hábito, la emoción, etc., algunas decisiones son producto del proceso descrito y que, además, hay sujetos con una mayor capacidad reflexiva que otros. En todo caso, parece que los estudios que de momento han tratado de poner en relación el TRDM con determinados crímenes, parecen apoyar las premisas de las que se parte⁶⁴³.

Por otro lado, VAN GELDER y VRIES desarrollaron la perspectiva «en caliente/en calma» (*hot/cool*) en la toma de decisiones criminales. En este caso, este mapa de toma de decisiones estaría basado en dos formas de tomar decisiones: las decisiones del modo «afecto» (*hot*) en el que el proceso es más afectivo e intuitivo, donde juegan un rol importante las emociones como la rabia o el miedo. Esta forma de tomar de tomar decisiones implicaría poca «agencia». El modo *cool*, en cambio, implica un proceso de razonamiento cognitivo y que vendría a ser, más o menos, el descrito tradicionalmente por la teoría de la acción racional. Al igual que en el caso anterior, algunos estudios también vendrían a indicar que la toma de decisiones en las que no está envuelto el proceso cognitivo de razonamiento está relacionada con el afecto y con las emociones⁶⁴⁴. Pese lo anterior, lo cierto es que cabe la posibilidad de que estos procesos de toma de decisión criminal dependan de muchos factores como, por ejemplo, el tipo de delitos, el tipo de sujetos, etc., y por ello, se requiere más investigación al respecto. De nuevo, si es posible conocer cómo se toman las

⁶⁴² *Ibidem*.

⁶⁴³ POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology...», *ob. cit.*

⁶⁴⁴ Véase un resumen de la literatura en *Ibid.*

decisiones y cuáles son los procesos por medio de los cuales se llega a las mismas, es posible predecir la conducta y, en este sentido, aumentar las posibilidades de la disuasión.

3.3. HEURÍSTICOS Y SESGOS

Los trabajos de KAHNEMAN y TVERSKY también fueron relevantes para mostrar que las personas toman decisiones de manera intuitiva aplicando procedimientos heurísticos⁶⁴⁵, lo cual hace que éstas incurran o sean propensas a caer en sesgos sistemáticos⁶⁴⁶. Un heurístico es una «una estrategia, deliberada o no, que descansa en una evaluación natural que produce una estimación o una predicción»⁶⁴⁷. Los heurísticos son, en definitiva, reglas generales o «atajos» cognitivos que aplicamos a diario con el objetivo de tomar una decisión. Tienen una gran funcionalidad en la medida en que recibimos una cantidad ingente de información y nuestra capacidad de procesamiento es limitada⁶⁴⁸, por lo que adoptamos ciertos heurísticos para resolver un determinado problema, realizar un concreto juicio o tomar una decisión⁶⁴⁹. Pero que se tomen decisiones sobre la

⁶⁴⁵ KAHNEMAN, D., *Thinking...*, *ob. cit.*

⁶⁴⁶ ALONSO GALLO, J., «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», en *Indret*, núm.4, 2011.

⁶⁴⁷ TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment», en *Psychological Review*, vol. 90, núm. 4, 1983.

⁶⁴⁸ En este sentido, explica SIMON que «Si el juego de ajedrez, limitado a sus 64 casillas y seis tipos de piezas, está más allá del cálculo exacto [humano], entonces podemos esperar lo mismo de casi cualquier problema del mundo real, incluyendo casi cualquier problema de la vida cotidiana. De este simple hecho se deriva una de las leyes más importantes de la estructura cualitativa. [...] Debido a los límites de velocidad y potencia de cálculo, los sistemas inteligentes deben utilizar métodos aproximados para realizar la mayoría de las tareas» (SIMON, H., «Invariants of human behavior», en *Annual Review of Psychology*, vol. 41, 1990, p. 6)

⁶⁴⁹ FARIÑA, F., ARCE, R., y NOVO, M., «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», en *Psicothema*, vol. 14, núm. 1, 2002. Véase también sobre los heurísticos y sesgos la obra divulgativa de MATUTE, H., *Nuestra mente nos engaña. Sesgos y errores cognitivos que todos hacemos*, 2019. GIGERENZER y GAISMAIER definen los heurísticos como «una estrategia que

base de estos heurísticos no significa que éstas sean irracionales. Así, como explica CORTADA DE KOAHAN

Aunque la intuición heurística se distingue de los procesos de razonamiento formativo por pautas de juicios sesgados, los heurísticos en sí mismos son procedimientos de estimación que de ningún modo son irracionales. Son respuestas intuitivas normales, no solo para los problemas de alta complejidad, sino para las más simples cuestiones de verosimilitud, frecuencia y predicción⁶⁵⁰.

Ahora, si bien muchos de estos heurísticos nos llevan a juicios razonables⁶⁵¹, otros, en cambio, producen errores sistemáticos⁶⁵². En el ámbito del crimen, como explican POGARSKY y colaboradores⁶⁵³, muchos heurísticos ahorran tiempo, pero disminuyen la precisión, aunque eso no significa que no sean deseables⁶⁵⁴. Como ejemplo, estos autores explican que, en el caso de los ladrones de viviendas (*residential burglars*) algunas señales del entorno como, por ejemplo, la iluminación, constituyen una información que le puede servir al sujeto para

ignora parte de la información, con el objetivo de tomar decisiones de forma más rápida, frugal y/o precisa que otros métodos más complejos» (GIGERENZER, G., y GAISSMAIER, W., «Heuristic decision-making», en *Annual Review of Psychology*, vol. 62, 2011, p. 454)

⁶⁵⁰ CORTADA DE KOAH, N., «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones», en *International Journal of Psychological Research*, vol. 1, núm. 1, 2008, p. 69.

⁶⁵¹ De hecho, sobre la aplicación de los heurísticos GINGERENZER y GOLDSTEIN llegaron a sostener que una serie de reglas simples de toma de decisiones que usan un solo dato pueden funcionar igual de bien o mejor que los algoritmos más complejos que utilizan toda la información disponible (GINGERENZER, G., y GOLDSTEIN, D. G., «Reasoning the fast and frugal way: Models of bounded rationality», en *Psychological Review*, núm. 103, 1996).

⁶⁵² HASELTON, M. G., NETTLE, D., y MURRAY, D. R., «The evolution of cognitive bias», en *The Handbook of Evolutionary Psychology*, 2015.

⁶⁵³ POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Heuristics and biases, rational choice, and sanction perceptions», en *Criminology*, vol. 55, núm. 1, 2017.

⁶⁵⁴ En un mismo sentido, COLLINS, M. E., y LOUGHRAN, T. A., «Rational choice, theory, heuristics, and biases», en BERNASCO, W., VAN GELDER, J. L., y ELFFERS, H. (EDS.), *The Oxford Handbook of Offender Decision making*, Oxford University Press, New York, 2017.

tomar la decisión de si perpetrar la acción criminal o no. Quizás el potencial criminal podría intentar averiguar más detalles sobre la idoneidad de la situación para conseguir su objetivo, pero la rapidez y la eficacia en la toma de decisión de no robar sobre la base de la iluminación tiene como consecuencia que reduzca o minimice la exposición del sujeto al riesgo de ser detectado.

Si bien en la actualidad la literatura ha identificado un gran número de heurísticos y sesgos debido a que a partir de los 90 se produjo lo que SPELLMAN y SCHNALL denominan el «reino de los heurísticos y los sesgos»⁶⁵⁵, excede del propósito de este trabajo analizarlos en detalle. Por el contrario, la literatura suele analizar al menos tres: la falacia de la conjunción o representatividad (*Conjunction Fallacy*)⁶⁵⁶, el sesgo de

⁶⁵⁵ SPELLMAN, B. A., y SCHNALL, S., «Embodied...», *ob. cit.*

⁶⁵⁶ La falacia de la conjunción es una falacia lógica de conformidad con la cual tendemos a creer que entre una situación más general y otra más específica, la que es más específica y contiene más información es más probable. Sin embargo, lo cierto es que matemáticamente hablando es más probable que tenga lugar la situación con menos información que la que tiene más. El ejemplo más citado de esta falacia lo encontramos en TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment», en *Psychologica Review*, vol. 90, 1983, p. 297. El ejemplo es como sigue: «Linda tiene 31 años, es soltera, franca y muy brillante. Se licenció en filosofía. Cuando estudiaba, se preocupaba mucho por las cuestiones de discriminación y justicia social, y también participaba en las manifestaciones antinucleares». A los participantes se les ofreció dos alternativas para que señalaran cuál era para ellos la más probable: a) Linda es una cajera de un banco; b) Linda es una cajera de banco y una activista feminista. La mayoría de los sujetos (el 85%) optó por la segunda opción. Sin embargo, es la opción menos probable en términos matemáticos porque es menos probable que dos eventos ocurran juntos. En este sentido, POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Heuristics...», *ob. cit.*, pp. 92-93, explican que: «En lugar de tener un conocimiento numérico estable y preciso, las personas suelen obtener un sentido intuitivo de la probabilidad de los acontecimientos a partir de la coherencia de los detalles descriptivos. Objetivamente, cuanto más detallado es un futuro hipotético, menos probable resulta porque su ocurrencia requiere la confluencia de más circunstancias. Sin embargo, esto no siempre es lo que ocurre perceptualmente. Cuando un mayor número de detalles aumenta la viveza y

accesibilidad o disponibilidad (*availability*)⁶⁵⁷, y el de anclaje o ajuste (*anchoring*)⁶⁵⁸. En este sentido, PORGASKY y colaboradores

el aparente realismo de un escenario, puede inducir al actor a sobrestimar la probabilidad de que se produzca el compuesto. La implicación es que las características situacionales o la información que influyen en los detalles de los escenarios delictivos imaginados por los delincuentes potenciales pueden afectar a sus percepciones de la sanción».

⁶⁵⁷ El heurístico de accesibilidad se refiere a aquella regla que aplicamos para determinar la probabilidad que tiene un suceso de producirse. De acuerdo con TVERSKY y KAHNEMAN, «hay situaciones en las que la gente evalúa la frecuencia o la probabilidad de un evento por la facilidad con la que se puede recordar instancias o sucesos. Por ejemplo, uno puede evaluar el riesgo de ataque cardíaco entre las personas de mediana edad recordando tales acontecimientos entre sus conocidos» (TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», en *Science*, vol. 185, núm. 4157, 1974, p. 1127). Explican POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Heuristics...», *ob. cit.*, p. 93, que: «En este caso, las personas estiman la probabilidad de un suceso en función de si pueden 1) recordar rápidamente ejemplos relevantes o 2) imaginar fácilmente un escenario en el que se produzca el suceso. [...] En el contexto de las decisiones sobre la delincuencia, cualquier característica o información situacional que facilite el recuerdo o la imaginación de la huida frente a la captura debería influir en la percepción del riesgo de detención».

⁶⁵⁸ El heurístico de anclaje o ajuste es la regla mediante la cual el sujeto realiza una estimación a partir de un valor inicial y va modificándolo o ajustándolo a medida que va recibiendo más información con el objetivo de dar una respuesta final. Dicho valor inicial puede venir dado bien de la propia formulación del problema o bien puede ser el resultado de un cómputo parcial, pero tal y como señalan TVERSKY y KAHNEMAN estos ajustes suelen ser insuficientes. Así, por ejemplo, TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Judgment under...», *ob. cit.*, hicieron un experimento en el que preguntaban a los participantes cuantas personas negras estimaban que había en Estados Unidos. Sin embargo, antes de realizar esta pregunta hicieron girar una rueda que tenía valores del 1 a 100 pero estaba preparada para que la rueda parara en el 10 para un grupo, y en el 65 para otro. Los resultados indican que el grupo en el que la rueda cayó en el 10 hicieron una estimación del 25% mientras que el otro grupo hizo una estimación del 45%, mostrando que el resultado de las estimaciones de los sujetos se veía influenciada por señales numéricas que incluso pueden resultar irrelevantes para lo que se les está preguntando. Es lo que ambos denominan el efecto del ajuste y el error sistemático tiende a producirse porque este heurístico da lugar a resultados diferentes dependiendo de cual haya sido el valor inicial. Aplicado al ámbito del crimen, tal y como explican POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T.,

llevaron a cabo múltiples experimentos para analizar en qué medida algunos heurísticos eran aplicados por los sujetos ante determinados escenarios⁶⁵⁹, y cómo éstos pueden afectar a la percepción del riesgo de la sanción que es, en definitiva, un elemento clave de la disuasión. En este sentido, encontraron apoyo para el caso de la falacia de la conjunción en uno de sus experimentos. En éste, solicitaron a los participantes que estimaran el riesgo de ser arrestados por hurtar un bolso que contenía 100 dólares y un *smartphone* y que estaba dentro de un coche aparcado de noche. A uno de los grupos se les preguntaba por la posibilidad general de ser arrestado en ese escenario, mientras que al otro se les preguntaba por la posibilidad de ser arrestado específicamente en atención a la posibilidad de rastrear el teléfono por parte de la policía. En este sentido, tal y como explican, si bien la información causal del segundo ejemplo puede incrementar la imaginabilidad, es también la opción menos probable en términos matemáticos. No obstante, entre sus resultados encuentran que la media de la posibilidad percibida de ser arrestado en el primer caso era del 21%, mientras que en la segunda era del 42%, lo cual vendría a confirmar la falacia de la conjunción. Igualmente encontraron apoyo para el heurístico de anclaje⁶⁶⁰. En el primer caso, a un grupo de participantes se les preguntó primero si su riesgo de ser detenidos era mayor o menor que un 19% (bajo), mientras que al otro se le preguntó si su riesgo de ser detenidos era mayor o menor que un 79% (alto). Posteriormente se les pedía que

«Heuristics...», *ob. cit.*, p. 94: «cualquier señal situacional que lleve a los delincuentes potenciales a considerar primero un nivel específico de riesgo de arresto antes de delinquir debería afectar tanto a su percepción de la sanción como a su probabilidad de cometer el delito».

⁶⁵⁹ En concreto, los autores se interesan por los siguientes: a) «Question substitution and intensity matching»; b) «the conjunction fallacy»; c) «the availability heuristic»; d) «the affect heuristic»; e) «anchoring».

⁶⁶⁰ Otros encontraron evidencia de este heurístico en materia de las preguntas que los estudios sobre disuasión en su dimensión perceptiva suelen realizar en sus cuestionarios (véase THOMAS, K. J., HAMILTON, C., y LOUGHRAN, T. A., «Testing the transitivity of reported risk perceptions: evidence of coherent arbitrariness», en *Criminology*, vol. 56, núm. 1, 2018). Igualmente encuentra evidencia el estudio experimental llevado a cabo por PICKETT, J. T., «Using Behavioral Economics...», *ob. cit.*

estimaran el nivel real del riesgo. Mientras que la media del primer grupo (bajo) era de 32%, la del otro grupo (alto) era del 49%. Es decir, habían tenido en cuenta el punto de referencia y habían ajustado sus estimaciones en función de este. Con respecto al sesgo de accesibilidad (*availability*), sin embargo, no encontraron una diferencia significativa entre grupos con respecto a la elicitación de experiencias relacionadas con los crímenes por los que se les preguntaría después para que estimaran el riesgo de que fueran parados por la policía.

En todo caso, lo cierto es que, aunque los estudios todavía son escasos y éstos responden a experimentos de laboratorio, los heurísticos son aplicados también en materia del crimen. Y, en la medida en que esta forma de razonamiento, la heurística, es también predecible, la evidencia en esta materia puede ayudar a aumentar el efecto disuasorio del mensaje comunicativo. Así, por ejemplo, PICKETT llevó a cabo un estudio experimental con tres grupos. Un primer grupo visionó un vídeo en el que un policía explicaba que los policías siempre tratan de encontrar a los conductores influenciados; un segundo grupo, visionó el vídeo pero en este caso el policía además explicaba las diferentes formas o métodos por los que un conductor influenciado podía ser detectado y, finalmente, un tercer grupo visionó un vídeo en el que el policía explicaba que los conductores influenciados tienen un 100% de posibilidades de ser arrestados sin ser parados en un control. Posteriormente se les ofrecía un escenario en el que tenían que imaginar que habían estado bebiendo un viernes por la noche y que estaban en un estado que excedía del límite legal permitido para conducir, pero que sus casas estaban demasiado lejos. Tras ello, se les preguntó por la posibilidad (en porcentaje) que creían que tenían de ser arrestados si decidían coger el coche habiendo bebido. Los resultados muestran que el tercer grupo, el de la *pseudocerteza* tenía una mayor percepción del riesgo e indirectamente tenían más miedo a ser arrestados que los otros dos grupos⁶⁶¹.

⁶⁶¹ PICKETT, J. T., «Using Behavioral Economics...», *ob. cit.*

3.4. BREVE REFERENCIA AL «NUDGING»

Otra de las líneas de investigación procedente de la economía del comportamiento y que puede resultar de especial interés al ámbito del cumplimiento de las normas penales es la relativa al *nudging*⁶⁶². Este término que traducido al castellano sería como «acicate» o «impulso»⁶⁶³, hace referencia a toda una serie de estrategias que pueden ser adoptadas por parte de las instituciones para dirigir la conducta de las personas hacia el cumplimiento⁶⁶⁴. Pero estos mecanismos de dirección de la conducta son distintos del enfoque consistente en la amenaza legal, es decir, del enfoque de la «zanahoria y el palo». Se trataría de, como definen THALER y SUNSTEIN de «cualquier aspecto de la arquitectura de la elección que altere el comportamiento de las personas de forma predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar significativamente sus incentivos económicos. Para que cuente como un mero acicate, la intervención debe ser fácil y barata de evitar»⁶⁶⁵. Si bien como describen KANTOROWICZ-REZNICHENKO y WELLS, inicialmente este tipo de estrategias estaban pensadas para beneficiar al individuo en particular, con el tiempo el concepto se extendió hasta los «acicates benevolentes», estos son, estrategias e instrumentos diseñados para promocionar el estado de bienestar. Como ejemplo, estos autores mencionan la utilización de declaraciones de las normas sociales para promover el ahorro o favorecer el cumplimiento en el ámbito del pago de impuestos; la implementación de un

⁶⁶² Posiblemente, la obra referencia en esta materia sea la de THALER, R. H., y SUNSTEIN, C. R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

⁶⁶³ Piénsese en estrategias como poner la comida sana en un supermercado a la vista del cliente, o las fotografías y mensajes sobre lo dañino del tabaco en las cajetillas. Estas serían estrategias claras encuadrables dentro del *nudging*.

⁶⁶⁴ LOURENÇO, J. S., CIRIOLO, E., ALMEIDA, S. R., y DESSART, F. J., *Behavioural insights applied to policy-country overviews 2016*, Joint Research Centre, Sevilla, 2016.

⁶⁶⁵ THALER, R. H., y SUNSTEIN, C. R., *Nudge...*, *ob. cit.*, p. 6.

registro automático para la donación de órganos, etc.⁶⁶⁶. Este último supuesto es además especialmente llamativo. En un artículo publicado en *Policy Forum*, JOHNSON y GOLDSTEIN se preguntaban si las cláusulas o mecanismos de «por defecto» (*defaults*) en el ámbito de la donación de órganos estaba salvando vidas, porque comprobaron la diferencia existente entre aquellos países que aplicaban esta cláusula en el ámbito de la donación de órganos, es decir, en el que por defecto los usuarios entraban dentro del registro de donación de órganos a menos que se solicitara lo contrario, y aquellos países en los que el mecanismo era el opuesto, el de solicitar expresamente la inclusión en el registro como donante de órganos. Mientras que en el primer tipo de países la tasa de inscripción a dicho registro era prácticamente del 100%, en el otro tipo de países la gente que se registraba para ser donante era muy poca⁶⁶⁷. Siguiendo a KANTOROWICZ-REZNICHENKO y WELLS, los mecanismos psicológicos que estarían detrás de ello serían que, en primer lugar, la opción del registro por defecto ofrece la alternativa que menos esfuerzo requiere y, por tanto, preferible; en segundo lugar, la opción de «por defecto» se entiende elegida por un agente que merece la confianza; y, en tercer lugar, esta opción puede servir como un punto de referencia a partir del cual las opciones alternativas se pueden percibir como menos atractivas e incluso como pérdidas⁶⁶⁸. En el ámbito de la seguridad vial también existen ejemplos como el que muestran THALER y SUSTEIN en su obra respecto a la carretera cerca del lago en Chicago (*Chicago's Lake Shore Drive*), en el que el exceso de velocidad permitido se rebasaba con habitualidad, siendo especialmente peligrosa tal zona y causando accidentes. En este sentido, el gobierno de la ciudad colocó una serie de rayas en la carretera de tal forma que el efecto visual que tenían los

⁶⁶⁶ KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., y WELLS, L., «Nudging Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

⁶⁶⁷ JOHNSON, E. J., y GOLDSTEIN, D., «Do Defaults Save Lives?», en *Policy Forum*, , vol. 302, 2003.

⁶⁶⁸ KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., y WELLS, L., «Nudging...», *ob. cit.*, p. 553.

conductores es que estaban conduciendo a más velocidad y tenían la necesidad de rebajar la misma⁶⁶⁹.

En el ámbito de la criminología también se han empezado a interesar por el rendimiento preventivo que puede tener emplear este tipo de instrumentos y estrategias, esto es, capitalizar el sistema 1 y su relación con el sistema 2 en la toma de decisiones. En un reciente artículo, POGARSKY y HERMAN resaltaron una serie de categorías de «*nudges*» que pueden ser útiles en el ámbito de la toma de decisión en materia de crimen y política criminal. Si entendemos la disuasión como un medio de transmitir una información⁶⁷⁰, y el efecto disuasorio depende no ya de las características del castigo objetivas sino más bien la percepción de éstas por parte de los potenciales infractores, los «*nudges*» informacionales pueden servir para aumentar la información en el contexto y afectar la saliencia de determinados objetos que informen al potencial infractor de la amenaza. Así, por ejemplo, se puede traer a colación aquí el estudio de PICKETT anteriormente mencionado con respecto a los vídeos del policía informando de cuánta gente a la que se paraba en un control era efectivamente sancionada si estaban bajo la influencia del alcohol⁶⁷¹. En palabras de POGARSKY y HERMAN

El riesgo de detención percibido puede elevarse directamente deteniendo a más personas o autorizando castigos más severos. Pero también hay medios menos intrusivos asociados al sistema 1, que suponen alterar la prominencia de una consecuencia adversa mediante la comunicación oficial o incitando a los individuos a protegerse de una posible victimización. Estos dos ámbitos políticos pueden coexistir desde la perspectiva de la economía del comportamiento⁶⁷².

⁶⁶⁹ THALER, R. H., y SUNSTEIN, C. R., *Nudge...*, *ob. cit.*,

⁶⁷⁰ Así, GEERKEN y GOVE ya la entendían así (GEERKEN, M. R., y GOVE, W. R., «Deterrence: some theoretical considerations», *Law Soc Rev*, vol. 9, 1975, p. 498).

⁶⁷¹ PICKETT, J. T., «Using Behavioral Economics...», *ob. cit.*

⁶⁷² POGARSKY, G., y HERMAN, S., «Nudging and the choice architecture of offending decisions», en *Criminology & Public Policy*, vol. 18, 2019, p. 826.

Asimismo, estos dos autores hacen referencia a otros medios de transmisión de la información como la comparación social; la afectividad; la moralidad. Por lo que se refiere al primero, la comparación social, como estos dos autores exponen y se verá en el próximo capítulo, los criminólogos pronto se dieron cuenta que las normas sociales y las sanciones informales pueden tener un efecto disuasorio mucho mayor de lo que pueden tener las normas y las sanciones formales. A la hora de tomar una decisión, los sujetos tienen en cuenta lo que los demás hacen y lo que otros pensarán de ellos, algo que se observará en los estudios empíricos presentados en esta investigación. Además, gracias a los experimentos en psicología, cada vez más se ha ido abandonando la imagen del individuo aislado del enfoque económico que solo mira por su interés, dando paso a un individuo que tiene en cuenta a los demás y en el que la cooperación juega un rol importante⁶⁷³. En este sentido, en la medida en que variables como la predisposición a formar parte del grupo, así como la necesidad de evitar la desaprobación social, son especialmente relevantes y condicionantes de la conducta es posible emplear los *nudges* de comparación social para la prevención del delito. Así, por ejemplo, como señalan POGARSKY y HERMAN, en el ámbito de la política criminal se pueden utilizar carteles en las universidades que indiquen el alto porcentaje de estudiantes que no se drogan. De esta manera, se da a conocer la propia norma social y el modelo de conducta a seguir. Como se mencionará en el *Capítulo VIII*, concretamente, en el estudio sobre el cumplimiento de las normas de confinamiento, posiblemente una gran influencia en el comportamiento normativo lo tuvo el mensaje comunicativo lanzado constantemente a través de los medios de comunicación de que la mayoría de la población estaba cumpliendo con las normas y que el incumplimiento era una excepción que, además, estaba castigado tanto formal como socialmente.

En cuanto al segundo, al de afectividad, se refiere a la posibilidad de tener en cuenta las emociones a la hora de diseñar

⁶⁷³ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

las estrategias para dirigir la conducta. Piénsese que, en el ámbito de la disuasión, como se verá en el siguiente capítulo, emociones como la vergüenza y la culpa son elementos con un potencial disuador (tradicionalmente asociado a las sanciones informales) muy relevante. En este sentido, POGARSKY y colaboradores, en un experimento sobre la conducta de utilizar el móvil mientras se conducía, antes de entrar sobre el escenario en concreto y las variables sobre costes y beneficios, proporcionaron una información a los participantes. En un grupo, la información era negativa (relativa a que un nuevo estudio había mostrado que mandar mensajes mientras se conduce provoca la muerte de adolescentes); en un segundo grupo la información era neutral (relativa al uso del teléfono al día por parte de los usuarios); y, en un tercer grupo la información era positiva (relativa a que las parejas que se mandan mensajes de manera regular se mantienen juntas). De conformidad con este experimento, la percepción sobre la posibilidad de ser parado por la policía era mayor en el grupo que había recibido la información negativa que en los otros dos⁶⁷⁴. Otra modalidad de *nudge* emocional sería aquél que trata de facilitar la autoaprobación (sentirnos bien por hacer algo bien)⁶⁷⁵.

Finalmente, con respecto a la moralidad, como veremos más adelante, también es conocido que el sistema de valores del individuo puede ser clave a la hora de decidir cumplir o incumplir con una norma. En este sentido, emplear este tipo de información para facilitar los *moral nudges* puede ser importante en términos de cumplimiento normativo. Así, por ejemplo, algunos estudios han mostrado que la exposición a determinados mensajes o productos puede aumentar la responsabilidad ética de la conducta⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PIQUETT, J. T., «Heuristics and biases...», *ob. cit.*

⁶⁷⁵ POGARSKY, G., y HERMAN, S., «Nudging...», *ob. cit.*

⁶⁷⁶ *Ibid.*

Todo lo visto hasta aquí, sin duda, merece mucha más atención por parte de las ciencias sociales interesadas en la prevención del crimen, también las jurídicas⁶⁷⁷. Pese a que los anteriores conceptos no son nuevos, ni el de la teoría prospectiva ni el de *nudging*⁶⁷⁸, lo cierto es que la aplicación de estos conocimientos al ámbito del crimen es todavía escasa. No obstante, a nuestro juicio, resulta especialmente valiosa por diversas cuestiones, pero la fundamental, porque cada vez la literatura criminológica y jurídica se siente más cómoda acudiendo al conocimiento de otras ciencias sociales y, asimismo, integrar dicho conocimiento para facilitar y promover la prevención del delito, ya sea a través de la amenaza legal o de otro tipo de estrategias y mecanismos como los anteriores. Se trata, en última instancia, de analizar si las ciencias sociales nos pueden proporcionar la información sobre cómo actúan las personas frente a las normas bajo condiciones de incerteza, y en qué elementos se fijan y tienen en cuenta para procesar la información. Esta es una información muy relevante para tratar de operativizar y enfocar la norma y la política criminal para aumentar en la medida de lo posible el efecto disuasorio.

⁶⁷⁷ Como señala ACCIARRI «los hechos son importantes para los juristas. Por eso, los estudios de las Ciencias del Comportamiento son relevantes para su área de interés y sus objetivos. Sencillamente porque introducen aportaciones clave para comprender y predecir la reacción humana —su decisión, o más ampliamente, su comportamiento— frente a las normas y políticas públicas» (ACCIARRI, H., «Derecho y Análisis del Comportamiento», 2017, p. 29. Preprint disponible en: <file:///Users/anabelengomezbellvis/Downloads/SSRN-id2949035.pdf>)

⁶⁷⁸ Si bien es necesario apuntar que tras la gran popularidad de la «arquitectura de la elección» que serían los *nudges*, se está empezando a poner en duda y a criticar que realmente estos mecanismos tienen la eficacia que se suele poner de relieve. En este sentido, sobre la crítica a que este tipo de estrategias no están lo suficientemente basadas en la evidencia véase LIN, Y., OSMAN, M., ASHCROFT, R., «Nudge: Concept, effectiveness, and ethics», en *Basic Appl. Soc. Psych*, vol. 39, 2017, sobre la falta de evidencia de estas herramientas en el ámbito de la salud. Y, sobre la puesta en duda de su efectividad, véase MAIER, M., BARTOS, F., STANLEY, T. D., WAGENMAKERS, E. J., «No evidence for nudging after adjusting for publication bias», en *PNAS*, vo. 119, núm. 31, 2022.

CAPÍTULO V. LOS EFECTOS DE LA SANCIÓN: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA

1. RESPECTO DE LOS EFECTOS PREVENTIVOS

En los anteriores capítulos se ha tratado de cartografiar el estado del arte de la teoría de la disuasión, como forma de aproximarnos a la teoría que impregnaría al sistema de justicia penal, a la toma de decisiones en el marco de este y, la que explicaría supuestamente el cumplimiento de las normas penales. Como se ha podido analizar con algo de detalle, esta teoría ha ido adquiriendo nitidez y color a medida que los investigadores sociales, ya sean criminólogos, economistas, psicólogos, juristas, o sociólogos, se han ido interesando por los mecanismos por medio de los cuales se supone que debe operar la amenaza legal.

Con ello se ha podido comprobar que la teoría de la disuasión va mucho más allá de la formulación inicial que llevaron a cabo los máximos exponentes de la Ilustración, y ha ido refinándose hasta la actualidad. Dicho de otra forma: desde la formulación inicial que consistía en entender que la amenaza legal provoca en los potenciales infractores la necesidad de retraerse de realizar conductas no queridas por el ordenamiento jurídico, se le han ido añadiendo capas y contenido a esa primera conceptualización hasta entender que la amenaza legal es un mecanismo de transmisión de la información; que la misma debe poder modificar las percepciones de los riesgos de la comisión del delito de los potenciales infractores; que en la toma de decisión a nivel individual sobre si infringir una norma están involucrados algunos heurísticos que se pueden predecir; que las personas son aversas al riesgo cuando se trata de

asegurar una ganancia, mientras que son propensas al riesgo cuando se trata de una pérdida; o que hay ciertos mecanismos como los *nudges* que podrían ayudar a dirigir al sujeto hacia el comportamiento normativo.

Ahora bien, más allá de lo anterior, la prevención por medio de la enunciación legal va más allá del mecanismo disuasorio. Como hemos visto en el *Capítulo I*, los nuevos posicionamientos sobre el funcionamiento del castigo en fase de enunciación, del efecto que produce la expresión del mensaje en que consiste la norma y la pena, integran el conocimiento de la psicología social y moral con respecto a cómo suelen actuar los sujetos frente a una determinada norma y entre los que se encuentran otros mecanismos de cumplimiento, incluso con más peso en la decisión de cumplir con las normas que el disuasorio, como son la influencia social y la legitimidad de la norma. Si bien, en cierta medida, estos elementos de alguna forma han estado de fondo en la literatura sobre la disuasión general, especialmente, conforme se ha ido ampliando irremediabilmente el concepto de disuasión, serán tratados aquí de forma separada como enfoques de cumplimiento distintos al disuasorio y como mecanismos preventivos que van más allá de la intimidación legal.

De acuerdo con ello, el objetivo de este capítulo es analizar la literatura empírica sobre los efectos preventivos de estos mecanismos. En la medida en que la disuasión ha sido el principal mecanismo de prevención general aducido por el legislador y también parte de la dogmática, se dedicará más espacio a tratar de responder la pregunta de si la disuasión funciona o no, para posteriormente analizar, aunque sea brevemente, el resto de mecanismos de cumplimiento normativo que pueden estar detrás de la prevención que se puede conseguir por medio de la enunciación legal. En este sentido, este capítulo se ha dividido en las siguientes partes: en primer lugar, un breve resumen (*teaser*) de la literatura sobre los efectos disuasorios del castigo para, posteriormente, entrar más en detalle y dividir los hallazgos de la literatura en función de la

hipótesis de la disuasión de la que se trate (severidad, certeza y prontitud). Por último, se atenderá al enfoque de la influencia social integrado por las normas descriptivas y prescriptivas y también al enfoque de la legitimidad, donde se incluyen los efectos preventivos del sistema de valores éticos del individuo, la legitimidad sustantiva de la norma y la legitimidad procedimental.

1.1. ¿FUNCIONA LA DISUASIÓN?: UN *TEASER*

En la medida en que, como se ha analizado en el capítulo IV, a partir de finales de los años 60 el enfoque de la disuasión adquirió un especial interés criminológico y en otras disciplinas, la literatura empírica disponible al respecto es prácticamente inabarcable hoy en día. Téngase en cuenta que la literatura no solo se ha ocupado de la teoría en términos generales o abstractos, de comprobar los mecanismos que operan, sino que además ha sido aplicada sobre cuantos comportamientos los autores han querido analizar en qué medida las características de la sanción formaban parte de la decisión de cumplir o no con la norma, del mismo modo que se han ido utilizando distintos diseños, técnicas, instrumentos y datos. Sin embargo, disponemos de diversas revisiones de la literatura llevadas a cabo por los autores más exponentes en la materia⁶⁷⁹ que se han ido realizando a lo largo de todos estos años y que vendrían a establecer una serie de conclusiones con respecto a si la disuasión sirve a sus propósitos de controlar el crimen o no.

⁶⁷⁹ Así, LEVITT, S. D., y MILES, T. J., «Economic Contributions to the Understanding of Crime», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, 2006; NAGIN, D., «Criminal Deterrence Research...», *ob. cit.*; NAGIN, D., «Deterrence: A Review of the Evidence By a Criminologist for Economists», en *Annual Review of Economics*, vol. 5, 2013; TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», en *Crimen and Justice*, vol. 37, núm. 1, 2008; DURLAUF, S. N., y NAGIN, D., «Imprisonment and Crime: Can Both Be Reduced?», en *Criminology and Public Policy*, vol. 10, núm. 1, 2011; JACOBS, B. A., «Deterrence...», *ob. cit.*; POGARSKY, G., «Deterrence and decision making...», *ob. cit.*; PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*; RASKOLNIKOV, A., «Criminal Deterrence: A Review of the Missing Literature», en *Supreme Court Economic Review*, vol. 28, núm. 1, 2020.

Siguiendo la revisión bibliográfica realizada por NAGIN en 2013 se obtiene en relación con la disuasión general que:

- La evidencia empírica con respecto al aumento de la severidad de las sanciones (aumento en la duración de las penas de prisión) y el efecto disuasorio derivado de tal incremento es escasa y, en todo caso, no lo suficientemente robusta como para justificar los costes sociales y económicos de una medida penal como esa. En este sentido, leyes como la de los «*three strikes and you are out*» o las cadenas perpetuas no tendrían el efecto preventivo esperado y, por tanto, no serían necesarias si el objetivo es la prevención (y no la incapacitación)⁶⁸⁰.
- Por el contrario, se encuentra una evidencia acumulada con respecto a que aumentar la visibilidad de la policía aumenta materialmente la certeza y, por tanto, ayuda a prevenir el crimen. Del mismo modo, los resultados de los estudios en materia de disuasión perceptual (*perceptual deterrence*) que emplean cuestionarios en los que se pregunta a los sujetos sobre las percepciones del riesgo y relacionan esas percepciones con el incumplimiento auto informado o las intenciones de incumplir también muestran que, de las dos variables de la disuasión normalmente analizadas, es la certeza la que relaciona con el cumplimiento y no tanto la severidad^{681/682}. Asimismo, subraya NAGIN que la certeza

⁶⁸⁰ NAGIN, D., «Deterrence in the...», *ob. cit.*

⁶⁸¹ En este sentido, NAGIN, D., «Deterrence in the...», *ob. cit.*, p. 201: «Concluyo, al igual que muchas revisiones anteriores de la investigación sobre la disuasión, que las evidencias en apoyo del efecto disuasorio de varias medidas de la certeza del castigo son mucho más convincentes y consistentes que para la severidad del castigo».

⁶⁸² De hecho, esto es lo que sucede en la mayoría de los estudios que se presentan en esta tesis doctoral. En ellos, salvo excepciones ni la severidad ni la certeza se relacionan con el cumplimiento de las normas, y cuando lo hacen suele ser la certeza la que muestra una mayor correlación. Esto es más evidente en el estudio correspondiente al cumplimiento del confinamiento,

para la que se encuentra apoyo empírico se refiere a la probabilidad de aprehensión (detención), más que a la probabilidad de ser procesado una vez detenido, la probabilidad de ser condenado una vez procesado o la probabilidad de recibir la sanción una vez condenado⁶⁸³.

Los meta-análisis llevados a cabo en la materia, vendrían a concluir de forma similar que los efectos de la estrategia de la disuasión se encuentran entre la categoría de nulos y modestos. A nivel macro⁶⁸⁴, por ejemplo, PRATT y CULLEN llevaron a cabo un meta-análisis en 2005 donde trataron de medir el efecto de distintas teorías y enfoques macro explicativos del crimen, entre ellos, la disuasión. Al respecto, identificaron tres líneas de literatura: a) el efecto de la imposición de penas de prisión; b) el efecto de la actividad policial (*policing effect*); c) el efecto de las políticas «implacables con la delincuencia» (*tough on crime policy*). Los resultados de este meta-análisis

donde tal y como se explica en dicho artículo, es explicable que la certeza entre a formar parte del correspondiente modelo, dada la alta presencia policial durante los días iniciales del confinamiento.

⁶⁸³ NAGIN, D., «Deterrence in the...», *ob. cit.*

⁶⁸⁴ Véase PRATT, T. C., y CULLEN, F. T., «Assessing Macro-Level Predictors and Theories of Crime: A Meta-Analysis», en *Crime and Justice*, vol. 32, 2005. Los análisis macro o ecológicos analizan cómo determinadas características están relacionadas con los índices del delito. Explican la utilidad de estos análisis los autores de la siguiente manera: «Un análisis de "nivel macro" o "ecológico" examina cómo las características de áreas geográficas delimitadas -como barrios, secciones censales, ciudades, condados, estados o naciones- están relacionadas con los índices de delincuencia. Las teorías a nivel macro tratan de explicar por qué ciertas características de las áreas ecológicas, pero no otras, explican la distribución de la delincuencia. La investigación empírica intenta establecer cuáles de estas características son predictores -es decir, explican la variación estadística- de los índices de delincuencia. Al llevar a cabo esta investigación, las variables independientes y dependientes suelen construirse agregando características de los individuos, como calcular qué proporción de residentes en una comunidad están por debajo del nivel de pobreza, viven en familias monoparentales o cometen delitos» (pp. 373-374).

indican que el efecto de estas políticas en el control del delito es muy débil, estando estos predictores de las tasas de delitos entre los más débiles. Además, de los tres tipos de literatura, la que más efecto disuasorio parece tener es la relativa a la imposición de penas de prisión, aunque tal y como explican los autores, no está claro si el efecto preventivo se debe a un efecto disuasorio-general o más bien a la incapacitación de los delincuentes, del mismo modo que también observan que aquellos estudios que más apoyo muestran en este sentido son aquellos que precisamente más pobres son en términos metodológicos⁶⁸⁵. No obstante, el enfoque de la disuasión es un enfoque perceptivo y, por tanto, el éxito de la amenaza de la sanción depende de cómo perciba el individuo las mismas. Por lo tanto, una gran parte de la literatura desde los 90 se ha centrado en los estudios a nivel micro o individual, tratando de analizar la relación entre el comportamiento autoinformado y la percepción de las características del castigo. En este sentido, PRATT y colaboradores llevaron a cabo un meta-análisis en 2006, pero los resultados tampoco resultaron ser muy halagüeños para la explicación de la disuasión, encontrando muy poco apoyo empírico al respecto⁶⁸⁶. En 2009 DÖLLING y

⁶⁸⁵ Por el contrario, de todos los predictores a nivel macro que analizaron, eran los relativos a los indicadores de discriminación y desventaja social, como, por ejemplo, la pobreza, las familias desestructuradas, etc., los que más peso explicativo parecían tener (PRATT, T. C., y CULLEN, F. T., «Assessing Macro-Level...», *ob. cit.*).

⁶⁸⁶ PRATT, T. C., CULLEN, F. T., BLEVINS, K. R., DAIGLE, L. E., y MADENSEN, T. D., «The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis», en CULLEN, F. T., WRIGHT, J. P., y BLEVINS, K. R. (EDS.), *Taking stock: The status of criminological theory*, Transaction Publishers, 2006. En concreto, los autores llegan a las siguientes cuatro conclusiones: En primer lugar, encuentran que los tamaños del efecto entre la delincuencia y las variables de la disuasión son modestos o nulos. Este hallazgo les permite a los autores concluir que estos datos explicarían por qué las políticas punitivas de control

colaboradores llevaron a cabo otro meta-análisis sobre el efecto preventivo-general del castigo, encontrando igualmente que, siendo el apoyo muy moderado para este enfoque, de las dos variables la que más influía en el comportamiento era la certeza⁶⁸⁷.

- Como consecuencia de lo anterior, la literatura ha indicado que quizá la pregunta de investigación ya no es tanto si la disuasión previene el delito o si funciona, sino

del crimen tienen una capacidad muy limitada para afectar el comportamiento a largo plazo. En segundo lugar, los tamaños de los efectos de las variables de la disuasión se reducen prácticamente a cero en los modelos multivariantes, especialmente cuando se controlan variables como las actitudes antisociales y/o el autocontrol. En tercer lugar, el tamaño del efecto de las variables de la disuasión es sensible a las variaciones metodológicas. Por ello, como ellos mismos explican «además de ser predictores relativamente débiles de la delincuencia, el conjunto de la literatura sobre disuasión sugiere que, aunque sea estadísticamente significativa, la magnitud de la relación entre los predictores de la disuasión y la delincuencia fluctúa considerablemente según las elecciones metodológicas realizadas por los investigadores» (p. 384). Por último, si bien la certeza de la sanción es la variable que más apoyo empírico obtiene, los autores explican que donde es más consistente es en tipos específicos de delitos. En concreto, se convierte en un buen predictor en delitos de cuello blanco.

⁶⁸⁷ Véase el meta-análisis llevado a cabo por DÖLLING, D., ENTORF, H., HERAMNN, D., «Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment», en *European Journal on Crime Policy and Research*, vol. 15, 2009, pp. 222-223. Así, estos autores concluyen que «Hay muchos estudios empíricos sobre la investigación del efecto preventivo general de la disuasión. Tanto las evaluaciones del autor como la comparación de las estimaciones muestran que los resultados que niegan la hipótesis son minoritarios. No obstante, las estimaciones medias son relativamente bajas: el valor t medio es aproximadamente $t=-1,5$; es decir, un valor no significativo. Los mayores efectos se encuentran en los estudios experimentales que se refieren a normas no destinadas a proteger intereses esenciales. Los efectos más pequeños se encuentran en los estudios sobre la pena de muerte. En este ámbito, las normas pertinentes protegen intereses fundamentales. Además, la hipótesis de la disuasión se confirma con mayor frecuencia cuando se investigan las infracciones administrativas en lugar de los delitos. La pertinencia y la aceptación de una norma parece, pues, una condición importante para la eficacia de la disuasión».

más bien bajo qué condiciones y para qué tipo de individuos⁶⁸⁸. En este sentido, como explican EASSEY y BOMAN, «cada vez parece más que, aunque la disuasión no funciona para la mayoría de los delincuentes, la amenaza cierta de un castigo severo (aunque quizá no rápido) puede disuadir de determinados tipos de delitos a un grupo selecto de individuos en unas pocas circunstancias»⁶⁸⁹.

- Una importante revisión de la literatura al respecto es la llevada a cabo por PIQUERO y colaboradores, y cuyo objetivo es principalmente analizar el tipo de gente a la que afecta la disuasión y sus características o diferencias individuales en variables como el vínculo social, moralidad, efecto descuento, impulsividad, red de apoyo social, competencia en la toma de decisiones, y también con respecto a las diferencias situacionales (i.e. emociones o abuso de sustancias)⁶⁹⁰. En este sentido, desde la perspectiva del vínculo social se ha mostrado que aquellos sujetos que tienen más que perder en términos de inversión convencional (familia, empleo, educación) etc., se verán más afectados por un efecto disuasorio. Desde el punto de vista de la inhibición moral, muchas personas, podríamos decir la mayoría, no infringen las normas precisamente porque creen que lo correcto es no infringirlas y porque tienen un compromiso hacia el cumplimiento de las normas. Sin embargo, hay diferencias entre personas con respecto a la

⁶⁸⁸ Algo que ya habría sugerido ANDEANES en 1974 en ANDEANES, J., *Punishment and Deterrence*, Univ. Mich. Press, Ann Arbor, 1974. Véase igualmente LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTER, R., y PIQUERO, A. R., «Individual Difference and Deterrence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018.

⁶⁸⁹ EASSEY, J. M., y BOMAN, J. H., «Deterrence theory...», *ob. cit.*

⁶⁹⁰ PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating...», *ob. cit.*

socialización moral hacia la obediencia a las normas⁶⁹¹ y en el sentido del deber y también con respecto al tipo de delito. No es lo mismo, por ejemplo, un homicidio que una descarga ilegal de contenido audiovisual. Asimismo, también se dan diferencias entre los sujetos dependiendo del autocontrol, la impulsividad y el efecto «descuento». Así, de acuerdo con los estudios, aquellos sujetos con bajos niveles de autocontrol se ven menos disuadidos por las sanciones formales e informales⁶⁹². Del mismo modo, aquellos sujetos que están más orientados al presente se ven menos disuadidos que aquellos más orientados al futuro (*present vs. future oriented individuals*)⁶⁹³. Por último, también se dan diferencias en función del grado de descuento que los individuos tienen. En esa línea, NAGIN y POGARSKY llevaron a cabo un interesante estudio en 2004 en el que trataron de analizar los motivos por los que las potenciales consecuencias del delito podían no influir en el comportamiento. Para ello utilizaron los datos de la encuesta longitudinal de la salud adolescente (*National Longitudinal Survey of Adolescent Health*), y analizaron, por un lado, el descuento (la tendencia a devaluar el futuro de manera deliberada) y el escaso

⁶⁹¹ Así, por ejemplo, BACHMAN, R., PATERNOSTER, R., y WARD, S., «The Rationality of Sexual Offending: Testing a Deterrence/Rational Choice Conception of Sexual Assault», en *Law & Society Review*, vol. 26, núm. 2, 1992, analizaron por medio de diferentes escenarios hipotéticos el efecto del contexto del delito de agresión sexual, las sanciones formales, las informales y las creencias morales. Entre sus resultados encontraron que los costes y los beneficios percibidos afectaban la intención de cometer una agresión sexual solamente cuando los sujetos reportaban inhibiciones morales débiles. Sin embargo, entre aquellos que mostraban una mayor condena moral de este tipo de delito, los efectos disuasorios de las sanciones eran prácticamente nulos.

⁶⁹² PIQUERO, A. R., y TIBBETS, S. G., «Specifying the direct and indirect effects of low self-control and situational factors in offenders' decision making toward a more complete model of rational offending», en *Justice Quarterly*, vol. 13, 1996.

⁶⁹³ NAGIN, D. S., y POGARSKY, G., «Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: theory and evidence», en *Criminology*, vol. 39, 2001.

control de los impulsos (que impide considerar el futuro). Entre sus resultados encontraron que elevados niveles de descuento eran predictores de las conductas problemáticas relacionadas con el futuro, mientras que el escaso control de los impulsos era predictor de las conductas impulsivas o que requieren de poca previsión. Otro de los resultados que obtuvieron es que el poco control de los impulsos era predictor de la violencia, pero no el descuento. No obstante, altos niveles de descuentos eran predictores de los delitos contra la propiedad⁶⁹⁴. También un elemento diferenciador y que puede mediar en los efectos disuasorios de la sanción es la emoción. ¿Es lo mismo tomar una decisión en un estado de excitación que tomarlo de forma calmada? De acuerdo con algunas investigaciones empíricas, el estado de excitación con respecto a determinados delitos puede incrementar la expectativa de los individuos a cometerlos⁶⁹⁵, o que emociones de enfado inhiban al sujeto de valorar las consecuencias futuras⁶⁹⁶. Asimismo, como explican PIQUERO y colaboradores, los estudios de análisis de redes sociales también han mostrado que la posición de un individuo en una red social también influye en su comportamiento y la influencia que ejerce sobre los demás⁶⁹⁷. En este sentido, habría tres grados de influencia: a) la influencia que ejercen nuestros contactos directos; b) la que ejercen los contactos de los contactos directos; y c) la que ejercen los contactos de los contactos de nuestros contactos directos. En este sentido, el análisis

⁶⁹⁴ Véase, NAGIN, D. S., y POGARSKY, G., «Time and Punishment: Delayed Consequences and Criminal Behavior», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 20, núm. 4, 2004.

⁶⁹⁵ BOUFFARD, J. A., EXUM, M. L., y PATERNOSTER, R., «Whither the beast? The role of emotions in criminal conduct», en SIMPSON, S. S. (ED.), *Of Crime and Criminality*, Pine Forge, Thousand Oaks, 2000.

⁶⁹⁶ CARMICHAEL, S., y PIQUERO, A. R., «Sanctions, perceived anger, and criminal offending», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 20, 2004.

⁶⁹⁷ PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating the Individual Difference Component in Deterrence Theory», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 7, 2011.

de redes muestra toda una serie de red de comunicaciones. PIQUERO y colaboradores piden al lector, para entender esto último, que lo traslademos a un ejemplo como es el de las bandas criminales⁶⁹⁸. De acuerdo con el análisis de redes, y teniendo en cuenta que la disuasión no deja de ser un mensaje comunicativo consistente en una amenaza, es posible esperar que el mayor efecto disuasorio se produzca cuando se envíen mensajes disuasorios a través de las personas que son los mejores canales de comunicación (sobre la base de su posición en una red social)⁶⁹⁹. Finalmente, también es posible diferenciar la capacidad de los sujetos de verse disuadidos por la amenaza del castigo en función de las diferentes competencias en la toma de decisiones. Así, por ejemplo, como se ha explicado en el capítulo anterior, PATERNOSTER y POGARSKY conceptualizaron el modelo de toma de decisión reflexiva (TRDM)⁷⁰⁰, como una característica individual que además no se daba en todos los sujetos. PATERNOSTER y colaboradores mostraron que el TRDM estaba positivamente relacionado con la formación personal, cultural y el capital social, en el sentido de que aquellas personas que eran más racionales en su toma de decisiones eran más propensas a realizar inversiones en diferentes formas de capital⁷⁰¹.

1.2. LA HIPÓTESIS DE LA SEVERIDAD

Si hay una hipótesis del enfoque de la disuasión penal que es de especial interés para los estudiosos del Derecho penal y también

⁶⁹⁸ *Ibidem*.

⁶⁹⁹ Así, véase la disuasión focalizada en KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.*

⁷⁰⁰ PATERNOSTER, R., y POGARSKY, G., «Rational choice, agency, and thoughtfully reflective decision making: the short and long term consequences of making good choices», en *Journal Quantitative Criminology*, vol. 25, 2009.

⁷⁰¹ PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y ZIMMERMAN, G., «Thoughtfully reflective decision making and the accumulation of capital: bringing the choice back», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27, 2011.

para el legislador es precisamente la relativa a la severidad de la sanción. En última instancia, de las tres variables o características del castigo enunciadas por los precursores de este enfoque, la única que puede modificar el legislador mediante el Código Penal es la severidad de la sanción, y es lo que, por otro lado, suele hacer y por lo que se ha tachado de irracional a la política criminal de los últimos tiempos caracterizada por una deriva punitiva. En este sentido, el legislador tiene dos grandes opciones: a) puede aumentar la severidad mediante la criminalización cuando convierte en delito conductas que anteriormente no estaban permitidas o quedaban amparadas bajo otra rama del ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo⁷⁰²; b) también puede aumentar las penas de las conductas ya tipificadas. Así, un importante grueso de la investigación se ha centrado en analizar empíricamente en qué medida penas severas, como podría serlo en su extremo la pena de muerte o cambios en la política penal en el sentido de aumentar la severidad de las sanciones, han tenido un efecto preventivo-general, es decir, han tenido un impacto en las tasas o los índices de delincuencia. Si bien es importante tener en cuenta que la mayor parte de estos estudios se realizaron sobre efectos agregados⁷⁰³ y este tipo de estudios traen consigo

⁷⁰² En relación con ello, se ha llegado a sugerir en determinados casos que el derecho administrativo puede llegar a ser más punitivo incluso que el Derecho penal. Sería el caso, por ejemplo, de la sanción de la conducta de desobediencia, tal y como se analizará en el *Capítulo VIII*. Y ello porque el Código Penal no solamente prevé penas de prisión sino también penas como la de multa. En este sentido, podría darse el caso de que una multa procedente del ámbito administrativo pudiera ser más cuantiosa que una procedente del Derecho penal por una conducta similar (i.e. desobediencia a la autoridad). Sin embargo, respecto de esta discusión, el hecho de que actúe el Derecho penal ya debe implicar por sí mismo una severidad cualitativa dado que supone la injerencia y la intervención de una rama del ordenamiento jurídico que por definición y fundamento es la más gravosa de la que dispone el Estado.

⁷⁰³ Así, muchos de estos estudios tratan de analizar los efectos de determinados cambios en la política penal que se producen en un Estado, pero en otro adyacente no. Es lo que también se suelen denominar experimentos naturales. En este sentido, si se tienen dos estados con índices

diversas limitaciones, a continuación, prestaremos atención a dos grandes líneas de la investigación mediante las que los investigadores trataban de analizar si penas especialmente severas (y, por tanto, costosas) tenían relación con una menor delincuencia.

Efectos preventivo-generales de la pena de muerte

Una de las predicciones del modelo neoclásico de la disuasión es que si se incrementan los costes de la sanción la utilidad del delito se reduciría y, por tanto, aumentar la severidad del castigo debería traer aparejada una reducción del delito. Posiblemente, uno de los mejores ejemplos para comprobar si esta afirmación tiene lugar en la realidad es la pena de muerte en la medida en que no cabe la posibilidad de aumentar más la severidad una vez tal pena esté establecida en el ordenamiento jurídico⁷⁰⁴. Además, como explican CHALFIN y MCCRARY, quizás sea por medio de este tipo de pena la forma más adecuada en términos metodológicos de analizar los efectos preventivos de la severidad de la sanción. Ello porque como la pena de muerte en Estados Unidos (allá donde esté en vigor) no está vinculada

de delitos similares y en uno de ellos aumenta la severidad de la sanción, lo que ocurra con respecto a los índices de delitos podrá compararse con aquel estado en los que no se haya cambiado la política penal y así observar los efectos de ese cambio. Otra variante de estos estudios es aquellos que tratan de evaluar los efectos de los cambios en la política penal atendiendo a los datos de antes y después de su implementación. Sin embargo, como explica DARLEY, este segundo grupo de estudios cuenta con la dificultad añadida de que los cambios en los índices de delitos pueden deberse a otras variables que no se controlan y, por tanto, aislar la variable de la severidad es más complejo (DARLEY, J. M., «On the unlikely prospect of reducing crime rates by increasing the severity of prison sentences», en *Journal of Law and Policy*, vol. 13, núm. 1, 2005).

⁷⁰⁴ En palabras de SERRANO MAÍLLO: «parte de la discusión se ha centrado, desde hace tiempo, en los eventuales efectos preventivos generales de la pena de muerte. La explicación es sencilla: puesto que la pena de muerte priva a una persona de su bien máspreciado, como es la vida, y por eso es una sanción de enorme severidad, debería ser especialmente apta para prevenir el delito» (SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, ob. cit., p. 287).

con una variación en la intensidad de la vigilancia policial⁷⁰⁵, la severidad de la pena capital queda como una variable aislada. ¿Tiene, entonces, efectos preventivo-generales la pena de muerte? Un grupo de estudios han tratado de responder a esta pregunta por medio del análisis de series temporales con el objetivo de analizar si la tasa de homicidios se reduce tras una ejecución⁷⁰⁶. Los resultados de estos estudios indican que no se produce tal efecto preventivo⁷⁰⁷ y que si se produce es muy pequeño y a corto plazo⁷⁰⁸. Otro grupo de estudios ha tratado de analizar el efecto preventivo de la pena de muerte utilizando datos de panel de los diferentes estados de los Estados Unidos. Al respecto, siguiendo a CHALFIN y MCCRARY, si bien ha habido resultados mixtos en la literatura⁷⁰⁹, diversas investigaciones han mostrado que aquellos estudios que arrojan resultados a

⁷⁰⁵ Así, explican los autores que «en la medida en que la variación en el régimen de la pena capital de un estado no está relacionada con los cambios en la intensidad de la vigilancia policial, el efecto de la pena capital representa una medida pura de disuasión con cualquier respuesta de asesinato a la presencia o intensidad de la pena capital no atribuible plausiblemente a la incapacitación» (CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.* p. 28).

⁷⁰⁶ Si bien este tipo de estudios ha recibido importantes críticas. Por un lado, las relacionadas con el hecho de que solo analizan las propiedades objetivas del castigo y, por otro, de tipo conceptual (Véanse las críticas y limitaciones en CHARLES, K. K., y DURLAUF, S. N., «Pitfalls in the Use of Time Series Methods to Study Deterrence and Capital Punishment», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 29, núm. 1, 2013).

⁷⁰⁷ STOLZENBERG, L., y D'ALESSION, J., «Capital Punishment, Execution Publicity and Murder in Houston, Texas», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 94, núm. 2, 2004. Asimismo, ZIMRING, FAGAN y JOHNSON tampoco encuentran evidencia del efecto preventivo al comparar Singapur que aplica la pena de muerte y Hong Kong que no la aplica. Ambos países muestran las mismas tendencias en los índices de homicidios a lo largo de los 35 años estudiados y analizados en este estudio (ZIMRING, F. E., FAGAN J., y JOHNSON, D. T., «Executions, Deterrence, and Homicide: A Tale of Two Cities», en *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 2010)

⁷⁰⁸ LAND, K., RAYMOND, H. C., TESKE, JR., y ZHENG, H., «The Short-Term Effects of Executions on Homicides: Deterrence, Displacement, or Both?», en *Criminology*, vol. 47, núm. 4, 2009.

⁷⁰⁹ Véase CHALFIN y MCCRARY para una recopilación de estudios de este tipo que muestran efectos disuasorios y otros, sin embargo, no (CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*).

favor de la hipótesis disuasoria adolecen de carencias metodológicas importantes y, que, sin embargo, estudios más prudentes y cuidadosos en términos metodológicos y estadísticos arrojan resultados negativos, esto es, la pena de muerte no tendría un efecto preventivo-general^{710/711}. ¿Por qué, entonces, se da la situación *a priori* contra intuitiva de que la pena más severa posible no disuada, incluso cuando sea la pena sobre la que más calibración se ha encontrado⁷¹²? APEL esboza

⁷¹⁰ KOVANDZIC, T. V., VIERAITIS, L. M., y BOOTS D. P., «Does the Death Penalty Save Lives? New Evidence from State Panel Data, 1977 to 2006», en *Criminology and Public Policy*, vol. 8, núm. 4, 2009. Para una revisión de la literatura más exhaustiva en materia del efecto preventivo de la muerte véase NAGIN, D. S., y PEPPER, J. V. (EDS.), *Deterrence and the Death Penalty*, National Research Council of the National Academies, 2012. Este último documento es un informe del *National Research Council*, y llega a una conclusión muy similar a la que se llegó en el informe previo de 1978: «El comité concluye que las investigaciones realizadas hasta la fecha sobre el efecto de la pena capital en el homicidio no informan sobre si la pena capital disminuye, aumenta o no tiene efecto alguno en las tasas de homicidio. Por lo tanto, el comité recomienda que estos estudios no se utilicen para fundamentar deliberaciones que requieran juicios sobre el efecto de la pena de muerte en el homicidio. En consecuencia, las afirmaciones de que las investigaciones demuestran que la pena capital disminuye o aumenta la tasa de homicidios en una cantidad determinada o que no tiene ningún efecto sobre la tasa de homicidios no deben influir en los juicios políticos sobre la pena capital» (p. 2).

⁷¹¹ En el caso de España, la cuestión no ha sido especialmente estudiada por cuanto la pena de muerte no se contempla siquiera como una posibilidad en nuestro marco constitucional. Sin embargo, sí disponemos de algún estudio que analiza los posibles efectos preventivos que pudo tener la pena de muerte cuando la misma formaba parte del catálogo de penas de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, SERRANO GÓMEZ analizó los datos de la delincuencia antes y después de la derogación de la pena de muerte en España, encontrando datos que sugieren un escaso o nulo efecto preventivo de este tipo de pena. Véase SERRANO GÓMEZ, A., «Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1982. Si bien estas conclusiones estarían en la línea de lo que habría venido señalando la literatura en la materia, también es importante tener en cuenta que este estudio cuenta con grandes limitaciones de tipo metodológico y carencias.

⁷¹² Así, el clásico estudio de WILLIAMS, K. R., GIBBS, J. P., y ERICKSON, M. L., «Public knowledge of statutory penalties: the extent and basis of accurate perception», en *Pacific Sociology Review*, vol. 23, 1980.

tres posibles explicaciones: la primera corresponde a lo que se ha denominado el «principio de la certeza», que hace referencia a que los potenciales delincuentes tienen más en cuenta la certeza que la severidad de la sanción y, en este sentido, la pena de muerte es una que se centra en la severidad. La segunda es que los potenciales delincuentes se ven más influenciados por elementos situacionales y las circunstancias inmediatas que rodean al evento delictivo, a lo que cabe añadir la posibilidad de que actúen bajo los efectos del alcohol u otro tipo de sustancias, reduciendo así la capacidad disuasoria de los castigos severos y distorsionando el cálculo entre beneficios y castigos. Por último, también apunta el autor que la literatura en materia de disuasión perceptual o subjetiva ha puesto de manifiesto que los potenciales delincuentes se ven influenciados por las experiencias previas con el delito y el castigo, y en mucha menor medida por las experiencias vicarias. Sin embargo, en el caso de esta pena, la actualización del riesgo no puede darse, obviamente, por medio de una experiencia previa sino más bien por medio de experiencias vicarias. En este sentido, afirma el autor que «como no se pueden actualizar los riesgos percibidos en función de las propias experiencias con la pena de muerte, la perspectiva de la disuasión perceptiva se debilita»⁷¹³.

Efectos preventivo-generales del incremento de la severidad

Otra línea de investigación en la materia ha sido la evaluación de los efectos preventivo-generales de los aumentos de la severidad de las penas. Siguiendo con la hipótesis de la severidad del modelo neoclásico, si el delito se hace más costoso, si la amenaza es más potente, los potenciales infractores deberían abstenerse de realizar el delito en la medida en que, bajo tales condiciones, la decisión de infringir no sería racional. Así, por ejemplo, el mensaje comunicativo que se lanza con leyes como las «*three strikes and you are out*», o leyes en las que el incremento de la severidad es evidente como, por ejemplo, las cadenas perpetuas, debería ser lo suficientemente poderoso como para controlar el delito. Sin embargo, de los estudios

⁷¹³ APEL, R., «Sanctions, Perceptions, and Crime...», *ob. cit.*, p.96.

agregados no parece concluirse tal cosa. En este sentido, DOOB y WEBSTER llevaron a cabo una revisión de la literatura en la materia de la que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, si bien las primeras investigaciones mostraron que la severidad sí estaba asociada con una reducción de las tasas de delincuencia⁷¹⁴, estos estudios no son fiables por las grandes deficiencias metodológicas y estadísticas que presentan. Concretamente, DOOB y WEBSTER desgranar al detalle cada uno de los problemas de los que adolecen estos estudios entre los que destacan los siguientes: a) los resultados de estos estudios pueden explicarse por medio de otros mecanismos (i.e., es posible que el impacto de los incrementos en la severidad en la reducción de delitos no sea tanto un efecto disuasorio como de incapacitación de los delincuentes); b) la operativización de la severidad de algunos estudios se ha mostrado problemática, del mismo modo que el diseño de investigación puede sesgar los resultados⁷¹⁵; c) en

⁷¹⁴ I.e., LEVITT, S., D., «The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation», en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 111, 1996. No obstante, para una recopilación y crítica de estos estudios véase en profundidad DOBB, A. N., y WEBSTER, C. M., «Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis», en *Crime and Justice: Review of Research*, vol. 30, 2003.

⁷¹⁵ En este sentido, algunos estudios en los que se ha mostrado que el efecto disuasorio se produce, han empleado casos escenarios. Es especialmente citado el trabajo de KLEPPER y NAGIN (KLEPPER, S., y NAGIN, D., «Tax Compliance and Perceptions of the Risks of detection and Criminal Prosecution», en *Law & Society Review*, vol. 23, núm. 2, 1989). En este estudio, los autores utilizaron la técnica del caso escenario sobre un hipotético caso de evasión de impuestos por parte de un fontanero. En este caso, la severidad percibida de la sanción se midió como la probabilidad percibida de que tal fontanero se enfrentara a una investigación penal. Más allá de si esta es la forma correcta de operativizar la severidad de la sanción, también se ha criticado a este estudio que se ha presentado como evidencia del efecto disuasorio del castigo (de la severidad, en concreto) que los resultados pueden apuntar en esa dirección en la medida en que el hecho del incumplimiento pasado puede afectar a la estimación de una persona de la probabilidad de ser descubierto por las autoridades. Asimismo, ha sido

algunos de estos estudios surgen serias dudas con respecto a la selección de los datos y la generalización de los resultados⁷¹⁶; d) algunos de los estudios infieren algunas relaciones causales que en realidad no se ven sustentadas por los datos⁷¹⁷; e) los resultados de algunos de estos estudios no han mostrado un patrón persistente y, por tanto, podrían deberse más a una fluctuación aleatoria o a una casualidad⁷¹⁸.

- En segundo lugar, de la mayoría de los estudios que analizan concretamente el impacto de las leyes «*three strikes and you are out*»⁷¹⁹, tanto de los que son

criticado el diseño de investigación en la medida en que la técnica de los casos escenarios no indican el comportamiento real de los sujetos, sino solamente cómo ellos creen que se comportarían ante un hipotético caso escenario. Es lo que VON HIRSCH y colaboradores han denominado «disuasión de butaca» (VON HIRSCH, A., BOTTOMS, A. E., BURNEY, E., y WIKSTRÖM, P. O., *Criminal Deterrence...*, *ob. cit.*). Igualmente, también determinados estudios que concluyen que la severidad de las sanciones está asociada con el efecto disuasorio no operativizan de manera clara esta variable. Así, lo exponen DOOB y WEBSTER criticando el estudio de REILLY y WITT (REILLY, B., y WITT, R., «Crime, Deterrence, and Unemployment in England and Wales: An Empirical Analysis», en *Bulletin of Economic Research*, vol. 48, 1996). Concretamente critican que «Reilly y Witt (1996) examinaron ciertos índices de delincuencia a lo largo del tiempo en cuarenta y dos jurisdicciones policiales inglesas. Aunque el estudio se apoya en encontrar correlaciones entre la dureza de los castigos y los niveles de delincuencia, su medida de la severidad -la duración de la estancia en prisión, dada la condena- es peculiar dadas las circunstancias. De hecho, sólo utiliza la duración media de la condena como medida de la severidad, ignorando el hecho de que la probabilidad de ir a la cárcel era relativamente baja en muchos casos, así como variable a lo largo del tiempo. Por lo tanto, no está claro en este estudio qué mide realmente la variable "severidad"» (DOBB, A. N., y WEBSTER, C. M., «Sentence Severity...», *ob. cit.*, pp. 163-164)

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ Véase la recopilación y crítica de estos estudios *Ibid.*

⁷¹⁹ Este tipo de leyes suponen, además, el tipo de política penal consistente en aumentar la severidad que más información puede dar con respecto al efecto preventivo-general de este tipo de estrategia legislativa por varias razones. Como indican DOOB y WEBSTER «Philip Cook (1980) sugirió -

descriptivos⁷²⁰ como de los que son más sofisticados en términos metodológicos y estadísticos⁷²¹, no cabe concluir que el aumento de la severidad de la sanción genere una reducción de la delincuencia⁷²². Y, aquellos

hace más de veinte años- que los experimentos sobre políticas acabarían proporcionando las evidencias más útiles para evaluar los efectos de las sentencias duras sobre la delincuencia. Las leyes de los tres strikes, y otros cambios drásticos en la política de sentencias en Estados Unidos introducidos en los últimos diez años, cumplen esta profecía, creando un entorno casi ideal para probar el efecto disuasorio. La disuasión es, en última instancia, una teoría de la percepción: el delincuente potencial debe tener la creencia de que la aprehensión y la condena supondrán un aumento de las penas. La legislación de tres delitos en varios estados de Estados Unidos se introdujo durante una oleada de publicidad y, en California, como resultado de una votación en referéndum. Por lo tanto, la oportunidad de que la gente conociera el aumento de las penas fue mucho mayor de lo que ocurriría si las penas elevadas se impusieran simplemente a través de casos rutinarios en un tribunal» (DOBB, A. N., y WEBSTER, C. M., «Sentence Severity...», *ob. cit.*, p. 173).

⁷²⁰ Cfr. ZIMRING, F. E., HAWKINS, G., y KAMIN, S., *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California*, Oxford University Press, New York, 2001. En esta obra, los autores ponen en duda lo afirmado por el Gobernador de California en aquél entonces indicando que tras la implementación de esta ley se había reducido el crimen y que, en concreto, esta ley era responsable del 27% al 31% de la caída del crimen. Los autores cuestionan que esta reducción se haya producido por los efectos preventivos de la ley, en la medida en que señalan que este *crime drop* ya había empezado a producirse antes de la implementación de la misma. En todo caso, encontraron un posible efecto preventivo en la proporción de los arrestos de sospechosos por delitos graves (*felony arrest*) elegibles para caer bajo la ley de los tres *strikes* (hubo una reducción de 1.1% de este tipo de detenciones). Sin embargo, esta reducción se daba en los que eran elegibles para el tercer *strike* (esto es, los que habían cometido ya dos delitos), pero no para los del segundo *strike*. Cfr. también SCHIRALDI, V., y AMBROSIO, T. J., *Striking Out: The Crime Control Impact of "Three-Strikes" Laws*, Justice Policy Institute, Washington, D. C., 1997.

⁷²¹ Cfr. STOLZENBERG, L., y D'ALESSION, S. J., «Three Strikes and You're Out': The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates», en *Crime and Delinquency*, vol. 43, 1997; Cfr. AUSTIN, J., CLARK, J., HARDYMAN, P., y HENRY, A. D., «The Impact of 'Three Strikes and You're Out'», en *Punishment and Society*, vol. 1, 1999.

⁷²² A esta conclusión llegaron también VON HIRSCH, BOTTOMS, BURNEY y WIKSTRÖM en el informe que llevaron a cabo como consecuencia

estudios que han llegado a la conclusión de que se produce algún efecto disuasorio, éste no justificaría el coste de la imposición de este tipo de penas, en el sentido de que los beneficios del efecto preventivo de estas leyes son mucho más pequeños que los costes del encarcelamiento de una duración tan larga⁷²³.

1.3. LA HIPÓTESIS DE LA CERTEZA

Junto con la hipótesis de la severidad, el modelo neoclásico de la disuasión también predice que cuanto mayor sea la certeza de la sanción menor será la probabilidad de que un individuo decida tomar la decisión de cometer un delito. En este sentido, una línea de investigación en materia de disuasión es precisamente el análisis de la relación entre el incremento de la certeza, entendida ésta como certeza de ser aprehendido por las autoridades, y las tasas de delincuencia⁷²⁴. Como explica NAGIN,

de un encargo realizado por el Ministerio de Interior británico (*Home Office*) para realizar una revisión de la investigación sobre los principales estudios en materia de disuasión: «los estudios revisados no permiten inferir que el aumento de la severidad de las penas en general sea capaz de aumentar los efectos disuasorios» (VON HIRSCH, A., BOTTOMS, A., BURNEY, E., Y WIKSTRÖM, P. O., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*)

⁷²³ HELLAND, E., y TABARROK, A., «Does Three Strikes Deter? A Nonparametric Estimation», en *Journal of Human Resources*, vol. 422, 2007. A esta conclusión llega igualmente NAGIN, D. S., «Deterrent Effects on the Certainty and Severity of Punishment», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.

⁷²⁴ CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.* Asimismo, como señala NAGIN, D. S., «Deterrent Effects on the Certainty...», *ob. cit.*, p. 167: «La policía puede prevenir la delincuencia a través de muchos mecanismos posibles. La aprehensión de los delincuentes activos es un primer paso necesario para su condena y sanción. Si la sanción implica el encarcelamiento, el delito puede prevenirse mediante la incapacitación del delincuente aprehendido. Muchas tácticas policiales, como la respuesta rápida a las llamadas de servicio o la investigación posterior al delito, tienen por objeto no sólo capturar al delincuente sino también disuadir a otros proyectando una amenaza tangible de aprehensión. Sin embargo, la policía puede disuadir, sin llegar a capturar a los delincuentes -su propia presencia puede disuadir a un delincuente motivado de llevar a cabo un acto delictivo previsto».

la literatura en la materia se ha dividido en dos grandes líneas de investigación: por un lado, aquella que estudia la relación entre la presencia policial y las tasas de delincuencia y, por otro, la que evalúa el efecto preventivo de diferentes estrategias policiales⁷²⁵.

Sobre el efecto de la presencia policial

Una vía clara para aumentar la certeza de la sanción, entendida esta como la certeza de la aprehensión, es claramente aumentar la visibilidad policial. Piénsese en un potencial infractor que se encuentra delante de su objetivo, pero observa que a pocos metros se encuentra una patrulla de policía. Difícilmente cometerá el hecho delictivo delante de la propia policía ya que la certeza de que será aprehendido es bastante alta⁷²⁶. Como explican tanto NAGIN⁷²⁷ como MEDINA ARIZA⁷²⁸, los primeros estudios sobre el nivel de presencia policial (normalmente medido por medio del número de policías por cápita) y el delito (medido por medio de, por ejemplo, el número de arrestos) encontraban como obstáculo principal la simultaneidad y la dificultad de establecer la relación causal⁷²⁹. Pero más allá de las distintas generaciones de estudios en materia del efecto policial sobre el delito que van superando los problemas metodológicos de las investigaciones anteriores⁷³⁰, los estudios en la materia parecen apuntar a que una mayor presencia policial está relacionada con una menor tasa delincuencia⁷³¹. Para NAGIN una

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ En este sentido, como explica NAGIN (*Ibid.*, p. 166), la policía puede ayudar a la prevención del delito por medio de su presencia, pero también a través de otras tácticas como la respuesta rápida.

⁷²⁷ NAGIN, D. S., «Deterrence in the...», *ob. cit.*

⁷²⁸ MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*

⁷²⁹ También resumen este problema CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*

⁷³⁰ Puede verse un resumen en NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence Research...», *ob. cit.*

⁷³¹ Así, MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*, p. 57: «La nueva generación de estudios a nivel macro de presencia policial sugieren, por tanto, que aumentar la presencia policial en la calle -contratando nuevos

prueba convincente de esta relación ya no es tanto los estudios que analizan si mayores efectivos policiales se relacionan con una menor delincuencia, sino justo lo contrario: si una reducción drástica de los efectivos policiales o de su productividad como consecuencia de, por ejemplo, recortes en el presupuesto o como respuesta a los escándalos de violencia policial contra las personas racializadas⁷³², reduce el delito o lo aumenta. Los estudios que han aprovechado este tipo de eventos y han analizado la relación entre el decrecimiento de la productividad policial y el delito han comprobado que el delito aumenta. Así, SHI analizó que en 2001 hubo un escándalo y malestar social por un nuevo caso de brutalidad policial contra un adolescente afroamericano desarmado al que abatieron, y como consecuencia de la presión y la investigación al respecto, la policía redujo su actividad y productividad policial. Tomando como comparación periodos anteriores al suceso, comprobaron que meses después del mismo las detenciones habían disminuido de forma sustancial, y durante ese mismo periodo en el que las detenciones eran menores, una serie de delitos aumentaron⁷³³. Otro grupo de estudios también ha analizado en qué medida la policía puede reducir el crimen después de un ataque terrorista, a partir del cual se distribuyen los efectivos policiales de una manera muy concreta y que no tienen como causa de su distribución la perpetración de otro tipo de

agentes o desarrollando políticas que aumentan la presencia policial en la calle -está asociada con reducciones de la delincuencia». Asimismo, resulta interesante un reciente experimento natural llevado a cabo por ARIEL, SHERMAN y NEWTON en el metro de Londres. En este sentido, los autores asignaron aleatoriamente 57 de los 115 andenes con una mayor delincuencia para que fueran patrullados por policías a pie durante periodos de 15 minutos, cuatro veces al día, durante turnos de 8 horas y cuatro veces a la semana. El resultado que observaron fue que en aquellos andenes a los que habían aplicado este tratamiento, las llamadas al servicio público se redujo en un 21% (ARIEL, B., SHERMAN, L. W., y NEWTON, M., «Testing hot-spots police patrols against no-treatment controls: Temporal and spatial deterrence effects in the London Underground experiment», en *Criminology*, vol. 58, 2020).

⁷³² NAGIN, D., «Deterrence: A Review...», *ob. cit.*

⁷³³ SHI, L., «The Limit of oversight in policing: Evidence from the 2001 Cincinnati riot», en *Journal of Public Economics*, vol. 93, 2009.

actividades delictivas como los hurtos o los robos. Así, por ejemplo, DI TELLA y SCHARGRODSKY llevaron a cabo un estudio en el que analizaron el número de robos de vehículos a motor en tres barrios de Buenos Aires antes y después de un atentado que tuvo lugar el 18 de julio de 1994 en una asociación israelita y en el que 85 personas murieron y 300 resultaron heridas. Como los mismos autores relatan, una semana después del ataque el gobierno federal asignó protección policial a cada edificio musulmán y judío del país. La causa de esta distribución policial permitía salvar el problema metodológico del que adolecen muchos de estos estudios: «[...] Dado que la distribución geográfica de estas instituciones puede presumirse exógena en una regresión de la delincuencia, este horrible suceso constituye un experimento natural por el que se puede romper la determinación simultánea de la delincuencia y la presencia policial»⁷³⁴. De esta manera, encontraron que en los bloques que habían recibido protección policial habían experimentado un 0.081 menos de robos de coches al mes que aquellos bloques que no tenían esa presencia policial. Teniendo en cuenta que después del ataque el número medio de coches robados por bloque del grupo control fue de 0.108, la presencia policial había reducido este tipo de delincuencia cerca de un 75%⁷³⁵. En este sentido, como explica MEDINA ARIZA «el hecho de que los diseños de estudio diferentes ofrezcan resultados en la misma línea hace que éstos sean más persuasivos»⁷³⁶.

Sobre las estrategias policiales

Los anteriores estudios vienen a señalar que parece que hay una relación entre la presencia policial y el delito, en el sentido de que cuando se ha producido un decrecimiento en los efectivos o en la productividad policial, han aumentado los delitos y, *sensu*

⁷³⁴ DI TELLA, R., y SCHARGRODSKY, E., «Do Police Reduce Crime? Estimates Using the Allocation of Police Forces After a Terrorist Attack», en *The American Economic Review*, vol. 94, núm. 1, 2004, p. 116.

⁷³⁵ Estudios que apuntan en la misma dirección se encuentran resumidos en NAGIN, D., «Deterrence: A Review...», *ob. cit.*; NAGIN, D. S., «Deterrence in the...», *ob. cit.*

⁷³⁶ MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*, p 59.

contrario, un aumento de la presencia policial como consecuencia de otros hechos (ataques terroristas) se ha relacionado con una disminución de determinados delitos. No obstante, estos estudios no dan cuenta sobre la disuasión de las actividades concretas de la policía. Por ello, otra línea de investigación ha sido la de analizar en qué medida determinadas intervenciones y estrategias policiales que permiten incrementar el riesgo percibido de realizar el delito se relacionan con el mismo. Dentro de esta línea de investigación ocupa un lugar prominente lo que es la presencia policial en determinadas áreas o el *hot spot policing*, y también las estrategias de actividad policial orientada a la solución de problemas (*problem-oriented policing*). En cuanto a la primera, se trata de concentrar la presencia policial en aquellas áreas donde se concentra de manera particular el evento delictivo⁷³⁷. Sobre la efectividad de esta estrategia, BRAGA llevó a cabo en 2008 una revisión sistemática de la literatura donde resumió el resultado de nueve experimentos y cuasiexperimentos en la materia, evaluando los distintos programas que aplicaban estas estrategias en cinco ciudades estadounidenses y un suburbio australiano^{738/739}. En la revisión de todos estos programas el autor encontró que excepto en dos de los casos evaluados, en los demás hubo una reducción significativa como consecuencia de la aplicación del programa de que se trate. Así, concluye el autor que:

⁷³⁷ Por ejemplo, WEISBURD y colaboradores encontraron que entre el 4 y el 5 % de los segmentos de calle de la ciudad sucedían sobre el 50% de los incidentes relacionados con el delito (WEISBURD, D., BUSHWAY, S., LUM, C., y YANG, S. M., «Trajectories of Crime at Places: A Longitudinal Study of Street Segments in the City of Seattle», en *Criminology*, vol. 42, 2004).

⁷³⁸ BRAGA, A. A., *Police Enforcement Strategies to Prevent Crime in Hot Spot Areas*. Edited by Office of Community Oriented Policing, Washington, DC, US Department of Justice, 2008.

⁷³⁹ Concretamente los siguientes: 1. *Minneapolis Repeat Call Address Policing (RECAP) Program*; 2. *Minneapolis Hot-Spots Patrol Program*; 3. *Jersey City Drug Markets Analysis Program (DMAP)*; 4. *Jersey City Problem-Oriented Policing at Violent Places Project*; 5. *St Louis Problem-Oriented Policing (POP) in Three Drug market Locations Study*; 6. *Kansas City Gun Project*; 7. *Kansas City Crack House Police Raids Program*; 8. *Houston Targeted Beat Program*; 9. *Beenleigh (Australia) Calls for Service Project*.

Los resultados de esta revisión sistemática apoyan la afirmación de que centrar los esfuerzos de la policía en los lugares de alta actividad delictiva puede servir para prevenir la delincuencia. Siete de las nueve evaluaciones informaron de notables reducciones de la delincuencia y el desorden. [...] Esta revisión también respalda el creciente conjunto de pruebas de investigación que sugieren que los esfuerzos centrados en la prevención de la delincuencia no conducen inevitablemente al desplazamiento de los problemas de delincuencia⁷⁴⁰.

Por otro lado, una estrategia dentro de la línea de la actividad policial orientada a la solución de problemas sería lo que se ha venido a denominar «disuasión focalizada» y cuyo ejemplo más célebre es la operación *Boston Ceasefire*⁷⁴¹. Este programa trató de solucionar el grave problema que sufría Boston entre finales de los años 80 y principios de los 90 referido a los homicidios de jóvenes de bandas juveniles. Estos hechos, además, se concentraban en las zonas más pobres de la ciudad, por lo que la estrategia policial se centró en dos elementos principales: por un lado, el del tráfico ilegal de armas; por otro, el de la violencia entre bandas. Sobre este último aspecto, los policías se reunieron con los miembros de las bandas juveniles en diversas ocasiones para advertirles que si no cesaban en los delitos más violentos (los homicidios), entonces utilizarían todas las medidas legales disponibles contra los miembros de la banda de forma colectiva («*pulling every lever*»). De esta manera, aumentaban la certeza y la severidad al perseguir todo tipo de delitos no relacionados con los homicidios pero que cometían estas bandas como por ejemplo el tráfico de drogas. El objetivo era, pues, conseguir que las bandas juveniles dejaran de cometer homicidios y delitos violentos, porque en caso contrario serían objetivo de toda la presión penal sobre ellos por todas las demás conductas delictivas de las que la policía tenía conocimiento. Al mismo tiempo, este programa también incluía toda una serie de ayudas

⁷⁴⁰ BRAGA, A. A., *Police Enforcement...*, ob. cit., p. 24.

⁷⁴¹ KENNEDY, D., *Disuasión...*, ob. cit.

sociales y de iniciativas de inclusión para aquellos jóvenes que manifestaran su voluntad de abandonar la carrera delictiva⁷⁴².

⁷⁴² MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.* Si bien es cierto que los homicidios se redujeron drásticamente, y este programa ha sido incluso calificado como el milagro de Boston, hay autores que lo han puesto en duda en la medida en que como no utilizaron un grupo control, es difícil poder decir con seguridad que tal reducción se debió a la operación de alto al fuego o a otra serie de factores, o incluso que el descenso de esa delincuencia no estaba incluido en un descenso del crimen que acontecía ya con anterioridad al inicio de este programa. No obstante, como resume MEDINA ARIZA, otros programas similares aplicados esta vez sí con un grupo control, parecen apuntar a las conclusiones obtenidas por la operación *ceasefire* (MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss.). En todo caso, este tipo de programas no solo se pueden enfrentar a los correspondientes problemas metodológicos, sino que también deben hacer frente a problemas normativos que, posiblemente, harían que la aplicación de este tipo de programas en nuestro país fuera muy controvertida. En este sentido PASCUAL MATELLÁN entiende que: «d) Por último, la mayor crítica que creo que se le debe hacer a la disuasión concentrada es que tiene muy difícil encaje en un Estado social y democrático de Derecho. A pesar de gozar de una eficacia constatada (para algunos delitos) y de que esto pudiera llevarnos a pensar que es necesaria, la cuestión es que traspasa los límites y vulnera derechos en nombre de la prevención, ni siquiera de la propia ley. Cuando se alude a la prevención situacional del delito, una de las principales críticas que se realizan es que supone hacer concesiones de libertad para comprar seguridad. Estas concesiones no las considero precisamente deseables, pero es bastante más difícil justificar que no tengan encaje en un Estado de Derecho las vulneraciones realizadas desde la prevención situacional que las de la disuasión concentrada. [...] Esta especie de “todo vale” a veces recuerda a los postulados del Derecho penal del enemigo de Jakobs, al que todo le vale en la guerra contra los enemigos. A Kennedy también le vale todo, no le importa experimentar si con ello consigue los resultados que quiere. Traspasa los límites, defiende la difusión de datos e información personal de los maltratadores domésticos, con el objetivo de que las mujeres no inicien proyectos de vida con ellos; defiende diferentes tipos de amenazas, utilizando las emociones como fuente de disuasión (emociones que coaccionan porque a los delincuentes les importa lo que piensan una pareja, una madre, una comunidad que se avergüenza de ellos, que se entristece con su conducta); defiende que, ante casos de homicidios cometidos por el miembro de un grupo, se pueda intervenir contra todos los miembros de la pandilla, limitando sus libertades, presionando y coaccionando; por poner algunos ejemplos» (PASCUAL MATELLÁN, L., «Hacia un prevenciónismo...», *ob. cit.*, p. 28-29).

Todas estas iniciativas han mostrado en mayor o menor grado un resultado satisfactorio en términos de reducción de la delincuencia, por supuesto, con las limitaciones metodológicas intrínsecas en todos estos programas, o las que tienen que ver con su propio alcance. Así, por ejemplo, si bien se ha encontrado en algunos estudios que el incremento dramático de la policía (*crackdown*) para intervenir sobre el mercado de la droga o la conducción influenciada aumentan el riesgo de ser detenido, aumentan la certeza, y ello está relacionado con un efecto disuasorio, éste último puede ser temporal. Es decir, se trata de un efecto que va perdiendo fuerza a medida que va pasando el tiempo desde esa intervención específica. Es lo que SHERMAN habría denominado «disuasión residual»⁷⁴³. Ahora bien, y como corolario, aunque es cierto que de los anteriores estudios y de las revisiones bibliográficas realizadas al respecto se puede inferir que aumentar la presencia policial y la presión sobre los potenciales infractores puede ayudar a prevenir el delito, es necesario tener en cuenta que no siempre va a ser lo deseable y que también pueden suceder otra serie de consecuencias que

⁷⁴³ SHERMAN, L. W., «Police crackdowns: Initial and residual deterrence», en *Crime and Justice*, vol. 12, 1990. En este sentido, es posible mantener durante un tiempo el efecto disuasorio una vez cesada la intervención policial. Este efecto se ha denominado y ha sido atribuido a la aversión a la ambigüedad. En este sentido, explica POGARSKY que «Existe una ambigüedad potencialmente considerable en la información de que disponen los posibles delincuentes sobre los riesgos de la actividad delictiva. [...] El discurso sobre la toma de decisiones en materia de delincuencia se ha centrado principalmente en la estimación puntual del riesgo, pero no ha considerado a menudo la variabilidad en la seguridad de las estimaciones de riesgo. Algunas excepciones son Nagin (1998) y Sherman (1990). Por ejemplo, Sherman (1990) atribuyó el decaimiento de la disuasión, la disminución de los efectos disuasorios con el tiempo, a la aversión a la ambigüedad. Razonó que el riesgo percibido de detección ante una nueva iniciativa de control de la delincuencia es menos seguro (y, por tanto, ambiguo) al principio, cuando la información y la experiencia con la política son menores. Esto aumenta la aversión a la ambigüedad y potencia la disuasión. A medida que aumenta la familiaridad con la iniciativa, la aversión a la ambigüedad disminuye, y también lo hace la capacidad disuasoria de la iniciativa. Por ello, Sherman (1990) recomendó modificar continuamente las intervenciones policiales para minimizar su previsibilidad y aprovechar la aversión a la ambigüedad» (POGARSKY, G., «Deterrence and Decision Making...», *ob. cit.*, p. 252).

pueden ser especialmente perjudiciales. Esto es, si bien a corto plazo se trata de estrategias que pueden facilitar la prevención del delito, es necesario tener en cuenta las consecuencias a largo plazo y que están relacionadas con la exclusión social⁷⁴⁴.

1.4. EFECTOS PREVENTIVOS DE LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA DISUASIÓN

Como se ha analizado anteriormente una de las líneas de investigación de la dimensión subjetiva de la teoría de la disuasión es la relativa a la correspondencia entre las características objetivas del castigo con las subjetivas. Sin embargo y, con todas las cautelas al respecto, cabría afirmar que la evidencia muestra que esta correspondencia es en el mejor de los casos bastante débil, constituyendo tales hallazgos una preocupación para la teoría de la disuasión. Si esa correspondencia no se da y lo único que puede hacer el legislador es modificar las características objetivas del castigo, pero por mucho que las modifique éstas no van a incidir en la percepción de los potenciales delincuentes, el mensaje comunicativo basado en la amenaza del mal que constituye la pena tiene todas las posibilidades para caer en saco roto. En este sentido, precisamente una de las críticas más esgrimidas por los críticos de la disuasión es que en la medida en que para que ésta surta efectos los potenciales delincuentes deben conocer la norma y la sanción asociada a su infracción y ello no se da en la realidad, difícilmente pueden verse motivados los ciudadanos al cumplimiento por esta vía⁷⁴⁵. Sin embargo, cabe preguntarse

⁷⁴⁴ TAYLOR, R., HARRIS, P. W., JONES, P. R., WEILAND, D., GARCÍA, R. M., y MCCORD, E. S., «Short-term changes in adult arrest rates influence later short-term changes in serious male delinquency prevalence: a time-dependent relationship», en *Criminology*, vol. 47, núm. 3, 2009.

⁷⁴⁵ En este sentido, ROBINSON explica que la disuasión produzca efectos se debe poder responder afirmativamente (cosa que es más complicada de lo que parece) al as siguientes tres preguntas: «1) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que para él tiene 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

si, con independencia de un conocimiento lo más cercano posible a las características objetivas del castigo, en el momento de tomar la decisión de infringir una norma se tiene en cuenta la posibilidad abstracta de ser castigado y, en este sentido, que la amenaza del castigo tenga algún tipo de rol en la decisión de cumplir o no cumplir con las normas. En palabras de PATERNOSTER «sea cual sea el origen de las percepciones individuales de las amenazas de sanción, ¿existe una relación inversa entre las percepciones de la certeza, la severidad y la celeridad del castigo y la implicación en la delincuencia?»⁷⁴⁶. Esta ha sido una investigación preferente en materia de la dimensión subjetiva de la teoría de la disuasión y, podría decirse, ocupa el gran grueso de las investigaciones sobre el efecto disuasorio de las sanciones en determinados delitos.

Tres hitos de la medición de las percepciones del riesgo de ser sancionado

GEERKEN y GOVE ya apuntaron en 1975 que la teoría de la disuasión es una teoría de la percepción, argumentando frente a la visión macro previa que «creemos que es el momento de empezar a hablar de la disuasión como un mecanismo de transmisión de información y no simplemente como un sistema sancionador»⁷⁴⁷. En este sentido, sobre la base de lo apuntado por estos autores, pero también por WALDO y CHIRICOS⁷⁴⁸, los investigadores trataron de analizar el efecto disuasorio de las

norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus elecciones, ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir las ley antes que cometer el delito? Esto es: ¿superan los costes percibidos del incumplimiento los beneficios percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?», (ROBINSON, P. H., *Principios...*, *ob. cit.*, p. 54)

⁷⁴⁶ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*, p. 811.

⁷⁴⁷ GEERKEN, M. R., y WALTER, R. G., «Deterrence: Some Theoretical Considerations», en *Law and Society*, vol. 9, 1975, p. 498.

⁷⁴⁸ WALDO, G. P., y CHIRICOS, T. G., «Perceived Penal Sanction...», *ob. cit.*

características subjetivas del castigo. En esta línea de investigación destacan fundamentalmente tres hitos⁷⁴⁹:

- En un primer momento, los estudios, basados en encuestas de autoinforme, solían preguntar por la percepción de la severidad y la certeza de las sanciones correspondientes a determinados delitos y, también, se les hacía preguntas de auto informe sobre esas conductas a los sujetos de las muestras. En este sentido, los resultados de este tipo de estudios iban en la dirección de señalar que los participantes que tienen mayores puntuaciones en la certeza percibida son aquellos que menos informaban realizar la conducta en concreto⁷⁵⁰. La severidad, sin embargo, no mostraba resultados tan consistentes como en el caso de la certeza. No obstante, en la medida en que estos estudios eran de tipo trasversal, la literatura pronto empezó a poner en duda estos resultados puesto que, en cierta medida, y conforme a lo que sabemos de la «actualización del riesgo» como consecuencia del «efecto experiencial», los resultados podían deberse precisamente a que aquellos que reportaban haber realizado las conductas por las que se preguntaba en los estudios estaban ajustando sus percepciones en función de su experiencia⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*; NAGIN, D. S., «Deterrence in the...», *ob. cit.*

⁷⁵⁰ PATERNOSTER, R., «Perceived certainty...», *ob. cit.*

⁷⁵¹ Así, tal y como explica PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*, p.86: «Los estudiosos comenzaron a emplear diseños de panel en la investigación de la disuasión perceptiva, y estimaron modelos multivariantes que incluían variables como las sanciones informales y las creencias morales sobre los actos delictivos. Los resultados de estos estudios no apoyaron tanto la teoría de la disuasión perceptiva, ya que la mayoría de los estudios concluyeron que las creencias morales y las sanciones informales eran más importantes que las amenazas de sanciones formales a la hora de explicar el comportamiento delictivo, ya que los parámetros estimados para la certeza percibida y la gravedad del castigo eran bastante pequeños». Véase al respecto SALTZMAN, L., PATERNOSTER, R., WALDO, G. P., y CHIRICOS T. G., «Deterrent and experiential effects: the problem of causal order in perceptual

- Un intento de superación metodológica lo fueron los estudios de panel, es decir, estudios de tipo longitudinal que permiten tomar distintas medidas en el tiempo. De esta forma, se podía aislar la percepción al poder recoger datos previos a la comisión de una conducta y aislarla de la posible «actualización». Así, por ejemplo, PATERNOSTER y colaboradores llevaron a cabo un estudio de panel con 300 alumnos a los que entrevistaron en dos ocasiones desde que empezaron la universidad (1974-1975). En las dos ocasiones se les preguntó a los participantes por sus percepciones del riesgo y también por su participación en conductas de hurto (*shoplifting*) de un objeto de menos de 10 dólares, y también por el consumo de marihuana. Estos estudios mostraron también un efecto disuasorio derivado de la certeza percibida, aunque no tanto de la severidad percibida. Por otro lado, también observaron que las sanciones informales tenían más peso en la inhibición de conductas que las sanciones formales⁷⁵². En todo caso, aunque este tipo de estudios apuntan en la dirección de la disuasión (pero de forma muy débil) es necesario puntualizar dos cuestiones: por un lado, que, si bien estos estudios han mostrado que es posible un efecto disuasorio incrementando las variables de la disuasión (esencialmente la certeza), las intervenciones para esos incrementos pueden dar lugar a situaciones draconianas. Así, MATSUEDA y colaboradores llevaron a cabo un estudio de panel con los datos de la *Denver Youth Survey*,

deterrence research», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 19, núm. 2, 1982.

⁷⁵² PRATT, T., et. al., «The Empirical Status of Deterrence...», *ob. cit.*; PATERNOSTER, R., «Perceived certainty...», *ob. cit.* Asimismo, también véase el estudio de HIRTENLEHNER, H., y WIKSTRÖM, P. O. H., «Experience or deterrence? Revisiting and old but neglected issue», en *European Journal of Criminology*, vol 14, núm. 4, 2017. Se trata de un estudio de este tipo, pero llevado a cabo con datos de panel de Reino Unido, llegando igualmente a conclusiones relativas a que gran parte del efecto disuasorio se debe más bien a un efecto experiencial.

un estudio longitudinal sobre el consumo de droga en barrios de alto riesgo en Denver. Entre los resultados encuentran un efecto disuasorio significativo de la percepción del riesgo, aunque moderado. Concretamente, un incremento de diez puntos en la percepción del riesgo estaba asociado con una reducción del 3% en el caso de los hurtos y un 5% en el caso de los actos violentos. No obstante, concluyen lo siguiente:

Nuestro hallazgo de que el riesgo percibido de castigo tiene un efecto pequeño pero significativo es consistente con los modelos de elección racional (y aprendizaje social) del comportamiento individual, los supuestos utilitarios que subyacen a nuestro sistema de justicia penal y, por lo tanto, la legitimidad de utilizar algún nivel mínimo de la amenaza de castigo impuesta por el Estado. Pero dado que Estados Unidos tiene una de las tasas de arresto y encarcelamiento más altas de las naciones occidentales, aumentar la probabilidad percibida de arresto en 0,1 implicaría probablemente medidas draconianas por parte del sistema de justicia penal⁷⁵³.

Por otro lado, algunos estudios señalan que la certeza percibida de ser detenido no tiene un efecto en la delincuencia autoinformada cuando tal riesgo está por debajo de lo que se ha denominado *tipping point* o punto de inflexión. Así, lo comprobaron LOUGHRAN y colaboradores en un estudio en el que situaron este *tipping point* en una probabilidad de arresto de 0,30. Además, en este estudio encontraron que también hay un punto en el que estos posibles efectos empiezan a disminuir. En concreto, los autores analizaron que cuando la probabilidad percibida de arresto estaba entre

⁷⁵³ MATSUEDA, R. L., y KREAGER, D. A., «Deterring Delinquents: A Rational Choice Model of Theft and Violence», en *American Sociological Review*, vol. 71, 2006, p. 117.

el 0,3 y el 0,7, un aumento del 10% del riesgo percibido producía una disminución de más de la mitad de un tipo de delito. No obstante, cuando dicha probabilidad excedía del 0,7, un incremento del riesgo percibido no reducía tanto la comisión de ese delito⁷⁵⁴.

- Pese al avance que supusieron los estudios anteriores, los investigadores en materia de disuasión objetaron que, aun así, era necesario medir las percepciones del riesgo en el momento en el que los potenciales delincuentes estén a punto de tener que tomar la decisión de si realizar una conducta o no, del mismo modo que es necesario encuadrar al participante en la conducta concreta. De esta manera se superarían dos problemas importantes: a) por un lado, la dificultad metodológica que supone no estar seguros de qué está figurándose concretamente el participante ante las preguntas sobre el riesgo percibido. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto del consumo de marihuana. Si el participante cuando se le pregunta por el riesgo de ser arrestado está pensando en un escenario en el que él fuma en su domicilio, el riesgo de ser arrestado por la policía que reportará probablemente será mucho menor que el que reportaría el que asocia esa conducta a realizarla en público. b) Por otro lado, también se superaría la crítica relativa a que el tiempo transcurrido entre las diferentes medidas era demasiado largo⁷⁵⁵. En este sentido, a partir de estas críticas es cuando los estudios emplean la técnica del caso escenario como mejor forma de aproximarse a la cuestión⁷⁵⁶. En este tipo de estudios, el procedimiento que se sigue es el siguiente: se les facilita a los participantes un caso escenario lo más verosímil posible y se les pide que se

⁷⁵⁴ A este estudio se refieren tanto PATERNOSTER, R., «How Much...», *ob. cit.*; como LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTER, R., PIQUERO, A. R., y POGARSKY, G., «On ambiguity in perceptions of risk: implications for criminal decision making and deterrence», en *Criminology*, vol. 29, núm. 4, 2011.

⁷⁵⁵ MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*

⁷⁵⁶ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

sitúen en la situación descrita para posteriormente preguntarles por el riesgo percibido. De esta forma es posible manipular las características situacionales con el objetivo de estudiar la respuesta de los sujetos a los diferentes incentivos y desincentivos⁷⁵⁷. Este tipo de técnica y diseños se ha venido empleando para analizar los efectos disuasorios de las sanciones con respecto a distintos tipos de delitos. Así, por ejemplo, NAGIN y PATERNOSTER utilizaron esta técnica en un estudio en el que encontraron que las percepciones del coste de la sanción en la conducta de conducción influenciada en un escenario que implicaba una campaña policial (*crackdown*) era mayor que en la condición del escenario que implicaba recortes en la policía estatal y por tanto menor presencia policial⁷⁵⁸. BACHMAN, PATERNOSTER y WARD, por su parte, utilizaron la técnica del caso escenario para analizar los efectos de las sanciones formales, las informales y las creencias morales con respecto a los delitos de agresión sexual. Entre sus resultados encontraron que las «proyecciones»⁷⁵⁹ de cometer una agresión sexual por parte de los participantes se veían afectadas por tres variables: el contexto del delito, las sanciones formales (ser expulsado de la universidad o ser arrestado) y también por las propias creencias morales. Desde la perspectiva del contexto, los participantes informaban mayores probabilidades de cometer la agresión sexual en los escenarios en los que se describía que la víctima volvía de

⁷⁵⁷ APEL, R., y NAGIN, D. S., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*

⁷⁵⁸ NAGIN, D. S., y PATERNOSTER, R., «Enduring Individual Differences and Rational Choice Theories of Crime», en *Law & Society Review*, vol. 27, núm. 3, 1993.

⁷⁵⁹ En concreto, los participantes de este estudio eran preguntados por la probabilidad con la que actuarían de la forma en la que el hombre del caso escenario había actuado si se encontraran en las mismas circunstancias. El ítem empleado por los investigadores fue el siguiente: «*What would be the likelihood that you would do what Tom did under these circumstances?*» (BACHMAN, R., PATERNOSTER, R., y WARD, S., «The Rationality of Sexual Offending...», *ob. cit.*)

una fiesta o volvía de una fiesta después de haber estado bebiendo que en el escenario en el que se describía que la víctima volvía de comprar. También las probabilidades eran mayores en los escenarios en los que la víctima se dejaba besar o acariciar que en aquel escenario en el que se resistía. En relación con las sanciones formales, observaron que el riesgo percibido de las sanciones formales tenía un efecto inhibitorio significativo en las proyecciones de cometer el delito. Ahora bien, con respecto a aquellos sujetos de la muestra cuyo principal inhibidor de la conducta eran sus propias creencias morales no se veían afectados por las sanciones formales⁷⁶⁰. En realidad, este tipo de diseños y técnicas permiten analizar el efecto disuasorio de las variables de la teoría de la disuasión de prácticamente cualquier delito, y si tuviéramos que resumir de manera sucinta cuál es el conocimiento que se ha obtenido de esta tercera ola de estudios es que la certeza percibida tiene un efecto disuasorio, pero no en la misma medida la severidad percibida de la sanción, o más bien que en la medida en que la certeza de la sanción no sea suficiente para el participante, la severidad no va a generar un gran efecto disuasorio⁷⁶¹.

Ahora bien, pese a que estos diseños han facilitado la manipulación experimental de variables situacionales y ha permitido, por tanto, mostrar que variables como la certeza percibida en tanto se pueda manipular produce cambios en la percepción del riesgo y, asimismo, esto influye en el proceso de la toma de decisiones de los sujetos, también se les ha criticado que el alcance de estos estudios es limitado, puesto que difícilmente se pueden vincular a las percepciones del riesgo en la realidad o las que tienen lugar con ya sea cambios político-

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ PATERNOSTER, R., «Perceived certainty...», *ob. cit.*; APEL, R., y NAGIN, D. S., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*

criminales⁷⁶², o bien con modificaciones situacionales que acontecen en la realidad. Así, tal y como explican BARNUM, NAGIN y POGARSKY, la investigación empírica en materia de la dimensión subjetiva de la disuasión trata de responder a dos preguntas de investigación: a) si el comportamiento o la intención de comportarse de los infractores se ve afectado por las percepciones relativas al riesgo de ser castigado; b) si estas percepciones se basan en la realidad. Y, si bien con respecto a la primera pregunta, tal y como se ha venido analizando, hay una literatura extensa, no la hay en la misma medida con respecto a la segunda⁷⁶³. En este sentido, estos autores abren prácticamente una nueva línea de investigación que trata de abarcar la segunda pregunta empleando una técnica que va un paso más allá del caso escenario escrito y es a través del empleo de vídeos. En este sentido y partiendo de las premisas de la criminología ambiental como marco teórico que sugiere que las percepciones del riesgo están fuertemente influenciadas por los factores situacionales y contextuales de la oportunidad criminal, llevan a cabo un estudio experimental sobre la conducta de conducir por encima de los límites de la velocidad y observaron que las percepciones del riesgo de ser parado por la policía reportadas por los participantes se basaban en las condiciones objetivas proporcionadas por los vídeos a los que expusieron a los participantes. En este sentido, los autores concluyen que tanto la disuasión como las consideraciones de seguridad son factores que los participantes tienen en cuenta a la hora de informar sobre las intenciones de incumplir⁷⁶⁴.

⁷⁶² MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.* Asimismo, NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence Research...», *ob. cit.*, p. 5 ya indicaba que «La conclusión de que las decisiones sobre la delincuencia se ven afectadas por las percepciones de riesgo de las sanciones no es condición suficiente para concluir que la política pública puede disuadir la delincuencia. A menos que las propias percepciones sean manipulables por la política pública, no se logrará el efecto disuasorio deseado bb. ».

⁷⁶³ BARNUM, T. C., NAGIN, D., y POGARSKY, G., «Sanction risk perceptions, coherence, and deterrence», en *Criminology*, vol. 59, 2021.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

La incorporación al modelo de la disuasión de las sanciones informales

Además de conceptualizar la disuasión como una teoría subjetiva consistente en la comunicación de un mensaje al infractor, GEERKEN y GOVE también distinguieron claramente entre dos mecanismos disuasorios. Por un lado, el de las sanciones formales y, por otro, el de las informales, algo que ya habían apuntado algunos años antes ZIMRING y HAWKINS. Así, estos dos últimos autores indicaron que: «Las acciones oficiales pueden desencadenar reacciones sociales que pueden dar a los posibles delincuentes más razones para evitar la condena que el desagradable castigo impuesto oficialmente»⁷⁶⁵.

Los potenciales infractores se verían disuadidos por las posibles consecuencias sociales derivadas del castigo o de una detención. Efectivamente, las sanciones informales pueden entrar a formar parte del cálculo racional de los individuos en el sentido de que éstos pueden verse disuadidos de realizar determinadas conductas si piensan que la gente de su entorno con la que tiene un determinado vínculo social como amigos, familia, compañeros de trabajo, etc., reaccionarían de manera negativa al enterarse de su conducta. Así, entre las sanciones informales aparejadas con la violación de determinadas normas sociales podrían encontrarse el sentimiento de vergüenza⁷⁶⁶, el ostracismo, la desaprobación social, el juicio moral negativo de los demás, entre otras⁷⁶⁷. En este sentido, un riesgo a tener en

⁷⁶⁵ ZIMRING, F.E., y HAWKINS, G. J., *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*, University Chicago Press, Chicago, 1973, p. 174.

⁷⁶⁶ GRASMICK, H. G., y BURSIK, R. J., «Conscience, significant others, and rational choice: Extending the deterrence model», en *Law and Society Review*, vol. 24, 1990.

⁷⁶⁷ Partiendo de la clasificación entre costes extralegales (que derivan del acto delictivo en sí pero no necesariamente de la sanción) y costes indirectos (que derivan de la sanción), APEL y DEWITT (APEL, R., y DEWITT, S. E., «Informal and Formal Sanctions», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018, pp. 146 y ss.) hacen una clasificación de

cuenta por el potencial infractor sería en qué medida los demás le reprocharían su acto o él mismo se sentiría mal por lo que ha hecho (costes extralegales) o en qué lugar de la comunidad le situaría el hecho de ser sancionado o qué costes indirectos tendría la sanción⁷⁶⁸. La predicción entonces es clara: aquellos

las fuentes de cumplimiento y los costes específicos asociados a cada uno de ellos. En este sentido establecen lo siguiente: a la moral como fuente de cumplimiento se le asocian los costes de vergüenza y arrepentimiento y no se activan a partir de las consecuencias legales; a la fuente procedente de la medicina se le asocian los costes de las lesiones y la discapacidad y tampoco vienen activados por las consecuencias legales; la fuente puede ser personal también y se le asocian los costes relativos a un autoconcepto negativo y una identidad criminal y que podrían venir activados por las sanciones legales; las fuentes familiares traen los costes del deshonor y la desaprobación y también pueden activarse a partir de las sanciones legales; del mismo modo la fuente social trae aparejados los costes de la vergüenza, la humillación, la enemistad y la retaliación y también se pueden activar con las consecuencias legales; la fuente espiritual tiene los costes relativos a la reprobación, la condenación y la excomunión y pueden activarse a partir de las consecuencias legales; asimismo la fuente de cumplimiento relativa a la profesión trae los costes de la pérdida del empleo, del salario, la denegación o revocación de una certificación o la prohibición de determinados empleos y vienen aparejados con las consecuencias legales; la fuente educacional tiene los costes relativos a la expulsión y la descalificación del estudiante para recibir becas o ayudas, y también vienen determinados por las consecuencias legales del delito; la fuente material trae los costes relativos a la inteligibilidad para recibir ayudas y se activan con las consecuencias legales; la fuente residencial trae los costes relativos al desahucio, restricciones de residencias, o la descalificación para recibir ayuda social en este sentido y también se activan con las consecuencias legales; la fuente política trae los costes de privación de derechos o inhabilitación para el ejercicio de la función pública o de un cargo público y también se activan con los costes de la sanción formal; otras fuentes colaterales traerían como costes, por ejemplo, la inelegibilidad para la custodia de los hijos, la denegación de la adopción, la retirada del carnet de conducir, la prohibición para comprar armas y también se activarían por las consecuencias legales. Finalmente, la fuente de cumplimiento legal trae aparejados los costes relativos a las multas, encarcelamiento y, en definitiva, todos los castigos formalizados posibles.

⁷⁶⁸ En este sentido, cabe distinguir entre costes extralegales y costes indirectos. Tal y como describen APEL y DEWITT (*Ibidem.*), los costes extralegales son aquellos que se dan con independencia de la sanción, sino que vienen determinados por el acto criminal en sí mismo. Son los que tienen que ver con la conciencia, por ejemplo, que tiene lugar como consecuencia de

sujetos que tengan un vínculo social fuerte con familia, amigos o en, definitiva, la comunidad, se verán más disuadidos de realizar determinadas conductas que aquellos que no tengan dicho vínculo⁷⁶⁹. En este sentido, como explican APEL y NAGIN, la investigación empírica ha mostrado este enlace entre las sanciones formales e informales⁷⁷⁰ en diversos ámbitos. Los estudios sobre evasión de impuestos de KLEPPER y NAGIN son quizás los más clásicos mostrando esa relación. Partiendo de que

la internalización de las normas sociales y que pueden traer al sujeto un sentimiento de vergüenza (no por la sanción aparejada al delito sino por la comisión del delito en sí), de arrepentimiento o de culpabilidad cuando se comete un delito que el sujeto considera que está moralmente mal. Otro coste extralegal sería lo que los demás pensarían del sujeto por realizar tales actos. En cambio, los costes indirectos serían aquellas sanciones informales pero que sí que se pueden derivar de la sanción formal. En este sentido, WILLIAM y HAWKINS diferencian entre tres tipos: el estigma, el apego y el compromiso. Los costes relativos al estigma se refieren al daño reputacional que podría traer aparejado el arresto. Los costes relativos al apego son aquellas consecuencias negativas que traería el recibir la sanción formal para las relaciones de apego con familiares, amigos, etc. Finalmente, los costes relativos al compromiso se refieren a los costes relativos a la imposibilidad o la dificultad para alcanzar objetivos futuros de tipo educativo, profesional, etc. (WILLIAMS, K., y HAWKINS, R., «Perceptual research...», *ob. cit.*)

⁷⁶⁹ Tal y como explican SULLIVAN, C. J., y LUGO, M., «Criminological Theory and Deterrence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018, p. 111: «Entre una serie de desarrollos importantes en la literatura sobre disuasión perceptiva en los últimos años, ha sido esencial el reconocimiento de la importancia de las influencias no legales en el comportamiento delictivo, como la ganancia o la pérdida de estatus social. En general, aunque ciertamente no son irrelevantes, la severidad y la certeza de las sanciones legales por delinquir pueden ser difíciles de recordar con precisión en situaciones criminógenas. En consecuencia, los costes informales de la delincuencia pueden afectar más fácilmente a los riesgos y beneficios percibidos de la misma. Esta constatación de que los costes informales y no legales desempeñan un papel destacado en la toma de decisiones penales ha precipitado la integración de los principios de disuasión con otras perspectivas criminológicas que captan algunas de esas influencias (por ejemplo, el aprendizaje social, el autocontrol) para ayudar a elaborar la teoría y explicar los resultados empíricos pertinentes».

⁷⁷⁰ APEL, R., y NAGIN, D. S., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*; del mismo modo PRATT *et al.*, «The empirical Status...», *ob. cit.*; y PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*

en Estados Unidos las acciones civiles ejercidas por parte de las autoridades fiscales son privadas a no ser que el interesado apele, momento a partir del cual se hacen públicas, llevaron a cabo un experimento con casos escenarios describiendo este tipo de situaciones y comprobaron que los participantes del estudio estaban más dispuestos a incumplir cuando lo único que estaba en juego era el dinero derivado de la sanción (sanción formal). Del mismo modo, aquellos participantes de clase media estaban menos dispuestos a incumplir si la reputación y el estatus dentro de la comunidad estaban en riesgo⁷⁷¹. Esto es, aquellos sujetos con mayores indicadores en cuestiones convencionales se ven más disuadidos no ya tanto por la sanción formal en sí sino más bien por riesgo a ser expuesto con motivo de su infracción⁷⁷². En este sentido, la literatura contemporánea ha ido incorporando al marco teórico de la disuasión el efecto disuasorio de las sanciones informales asociadas a su vez con las sanciones formales⁷⁷³. Teniendo en cuenta lo anterior, NAGIN y POGARSKY desarrollaron un modelo de la disuasión, integrando un *proxy* de la celeridad, la impulsividad y también la distinción entre las consecuencias legales y extralegales⁷⁷⁴:

$$U(\text{Beneficios}) > pU(\text{Costes legales} + \text{Costes Extralegales})$$

De esta forma, el delito tendría lugar cuando los beneficios (entre los cuales no solamente se encuentran los económicos, sino también los emocionales y de cualquier otro tipo que el sujeto infractor perciba como un beneficio) superan a la probabilidad de que los costes legales derivados de la sanción y los costes extralegales que pueden incluir vergüenza, juicio de reproche del grupo de referencia, pérdida del estatus dentro de la comunidad, etc., ocurran. El modelo de NAGIN y POGARSKY, sin embargo, no incluye una medición directa de la celeridad, pero sí indirecta. Como tal incluyen un factor de

⁷⁷¹ KLEPPER, S., y NAGIN, D., «The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity Revisited», en *Criminology*, vol. 27, 1989.

⁷⁷² NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence Research...», *ob. cit.*

⁷⁷³ PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*

⁷⁷⁴ NAGIN, D., S., y POGARSKY, G., «Integrating Celerity...», *ob. cit.*

descuento que vendría a indicar que los costes del crimen normalmente se retrasan mientras que los beneficios son inmediatos⁷⁷⁵. Al incluir este elemento, la función quedaría como sigue:

$$U(\text{Beneficios}) > \delta_t pU(\text{Costes legales} + \text{Costes Extralegales})$$

Donde el valor del factor de descuento es $\delta_t = 1/(1+r)^t$

Los autores aplicaron este modelo en un estudio con una muestra de 252 estudiantes a los que exponían a un caso escenario sobre la conducción influenciada y entre los hallazgos destacan que, si bien la certeza y la severidad eran predictoras de la conducta, no lo fue la celeridad; que las consecuencias extralegales asociadas a la condena parecen disuadir al menos tanto como las consecuencias legales; que la influencia de la severidad disminuía en aquellos sujetos más orientados al presente; y que la certeza tenía un efecto disuasorio más robusto que la severidad del castigo⁷⁷⁶. En otro estudio similar, POGARSKY planteó a los participantes igualmente un escenario hipotético en el que habían estado bebiendo en un bar y tenían que decidir si conducir hasta casa. En este estudio el autor

⁷⁷⁵ Así, señalan los autores que «Nosotros subsanamos esta deficiencia contabilizando formalmente los efectos independientes del momento en que se producen los costes y las recompensas en la decisión delictiva. Los problemas complejos exigen a menudo dos tipos de conmutaciones. Una de ellas se refiere a cantidades distintas, por ejemplo, el placer de robar un objeto deseado debe equilibrarse con el coste de ser atacado por el propietario durante el robo. Otro tipo de conmutación es la de cantidades similares que ocurren en momentos diferentes. Por ejemplo, una determinada multa de 500 dólares en el futuro puede no compensar del todo los 500 dólares en efectivo robados inmediatamente. Aunque se trata de cantidades nominalmente equivalentes, una comparación directa requiere la asignación de alguna magnitud actual a la pérdida futura de 500 dólares. Este último tipo de conmutación es especialmente relevante para la toma de decisiones en el ámbito penal, ya que aunque los beneficios del delito suelen ser inmediatos, los costes suelen esperar al resultado de una investigación penal o de un proceso judicial. Nuestro modelo utiliza la noción de descuento como un "tipo de cambio intertemporal" para equilibrar los costes futuros con los beneficios inmediatos» (*Ibid.*, p. 871).

⁷⁷⁶ *Ibid.*

también encontró apoyo para la hipótesis relativa a la disuasión de las sanciones informales. Del mismo modo, POGARSKY dividió a la muestra en tres tipos de infractores en función de su capacidad para verse disuadidos entre los sujetos conformistas, los que tienen capacidad de verse disuadidos y los incorregibles. En este sentido, los conformistas tendían a cumplir con la norma incluso cuando no habría ninguna posibilidad de que fueran detectados y, por tanto, a este tipo de potencial infractor no sería necesario disuadirlo; los que tienen la capacidad de ser disuadidos y que, de conformidad con el estudio, informaban que conducirían bajo la influencia del alcohol tal probabilidad de hacerlo se vería reducida por la amenaza del castigo; y, los incorregibles que eran los participantes que se mostraban impermeables a la amenaza del castigo, conducirían igualmente a casa bajo los efectos del alcohol⁷⁷⁷. Sea como fuere, la literatura ha mostrado de manera consistente que los costes informales pueden tener un efecto preventivo incluso mayor que los costes formales⁷⁷⁸ y, por tanto, también ha mostrado la necesidad de aprovechar dicho potencial preventivo que proporciona la influencia social⁷⁷⁹ al que se le atribuye un rol importante en la prevención de conductas⁷⁸⁰. Tal es así que se ha sugerido que posiblemente una de las razones por las que la severidad de las

⁷⁷⁷ POGARSKY, G., «Identifying “deterable” offenders: Implications for research on deterrence», en *Justice Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 2002.

⁷⁷⁸ REBELLON, C. J., LEEPER PIQUERO, N., PIQUERO, A. R., y TIBBETTS, S. G., «Anticipated shaming and criminal offending», en *Journal of Criminal Justice*, vol. 38, 2010.

⁷⁷⁹ En este sentido, tal y como se analizará en detalle en los distintos estudios que conforman esta tesis doctoral, la influencia social es un enfoque de cumplimiento que muestra estar mucho más relacionado con el cumplimiento normativo que las variables de la disuasión, mostrando de manera continuada la importancia que la influencia y las normas sociales tienen para la toma de decisiones.

⁷⁸⁰ Por ejemplo, STAFFORD y WARR indicaron que para medir el efecto disuasorio era necesario incorporar medidas que incluyeran no solo las percepciones individuales de la certeza y la severidad del castigo y la probabilidad de experimentarlas, sino también el comportamiento de cada sujeto (preguntas de autoinforme), la experiencia directa con el castigo y con la evitación del mismo; y estimaciones del comportamiento delictivo de los pares y las experiencias de éstos con el castigo y con la evitación del mismo (STAFFORD, M., C., y WARR, M., «A Reconceptualization...», *ob. cit.*).

sanciones (en la que se incluye tanto la severidad formal como la derivada de las sanciones informales) no tiene mucho efecto en la prevención del delito es por la cultura punitivista existente⁷⁸¹. Esto es, de conformidad con NAGIN, para que una sanción informal (i.e. estigmatización por parte de la sociedad) tenga efecto, ésta debe ser relativamente inusual, en la medida en que cuanto mayor se impongan más se normalizan y menos efecto estigmatizador tienen⁷⁸².

1.5. ¿Y LA CELERIDAD?

En la literatura criminológica⁷⁸³ sobre los efectos de la disuasión y la manipulación de las características del castigo, la menos estudiada es claramente la variable de la celeridad o de la prontitud⁷⁸⁴. De hecho, pese a que BECCARIA la definiera como una característica del castigo según la cual «tanto más justa y útil será la pena, cuanto más pronto fuere y más cercana al delito cometido»⁷⁸⁵, la literatura al respecto es especialmente escasa tal y como se viene poniendo de manifiesto por aquellos que le han prestado algo de atención⁷⁸⁶. Posiblemente, los autores que

⁷⁸¹ MEDINA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*)

⁷⁸² NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence...», *ob. cit.*

⁷⁸³ Si bien, como ponen de manifiesto PRATT y TURANOVIC (PRATT, T., y TURANOVIC, J. J., «Celerity and Deterrence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018), esta falta de investigación en materia de celeridad se da especialmente en la literatura criminológica, porque en la literatura de la psicología del desarrollo (*developmental psychology*) hay una cierta tradición en los análisis empíricos de los efectos del tiempo del castigo.

⁷⁸⁴ RASKOLNIKOV, A., «Criminal Deterrence: A Review...», *ob. cit.*

⁷⁸⁵ BECCARIA, C., *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 19.

⁷⁸⁶ Como explican PRATT, T. C., y TURANOVIC, J. J., «Celerity...», *ob. cit.*, p. 187: «En las últimas décadas, los criminólogos han dedicado la mayor parte de su energía a evaluar los efectos de la certeza y la severidad del castigo en el comportamiento delictivo. En comparación, las consecuencias criminógenas de la rapidez con la que se aplica un castigo -lo que se conoce como "celeridad"- han recibido mucha menos atención académica a lo largo de los años. Aunque los estudiosos de la disuasión han reconocido desde hace tiempo en sus evaluaciones y revisiones de la teoría de la disuasión que no se sabe mucho sobre la celeridad del castigo, no han realizado un esfuerzo

recuperaron esta característica del castigo y la incorporaron específicamente en un modelo fueron, como hemos visto anteriormente, NAGIN y POGARSKY, si bien los propios autores reconocen que en su modelo tienen más bien en cuenta una especie de *proxy* de la celeridad como es el posible descuento⁷⁸⁷ que la celeridad propiamente dicha. Concretamente, añaden a la fórmula «clásica» de la disuasión la tasa de descuento del individuo y el grado de retraso del castigo. Posiblemente el desinterés ya no sea tanto por su posible efecto sino porque resulta bastante improbable la posibilidad del sistema de justicia penal de manipular la prontitud de la sanción. Esto es, es viable para el legislador poner a disposición del público más recursos policiales que traten de aumentar la certeza de la sanción, también es posible aumentar la severidad de las sanciones simplemente modificando las leyes penales y asignando penas superiores a los delitos existentes o criminalizando nuevas conductas. Pero el sistema de justicia penal tiene sus tiempos, y no parece realista o factible asegurar una prontitud del castigo e incluso podría ser desaconsejable si tenemos en cuenta las garantías que están en juego^{788/789}.

concertado para llenar ese vacío en la literatura. De hecho, la aparente falta de conocimiento sobre los posibles "efectos de celeridad" del castigo no se considera tan significativa como para poner necesariamente en cuestión el estatus empírico de la teoría de la disuasión en general».

⁷⁸⁷ NAGIN, D., S., y POGARSKY, G., «Integrating Celerity...», *ob. cit.*

⁷⁸⁸ PRATT, T. C., y TURANOVIC, J. J., «Celerity...», *ob. cit.*,

⁷⁸⁹ Sin embargo, en opinión de RASKOLNIKOV que el sistema no esté hecho para «correr» es una afirmación precipitada. En este sentido, de conformidad con el autor determinados delitos y procesos son lo suficientemente rápidos (y así han sido diseñados) como para darle importancia a la celeridad, por cuanto el castigo es normalmente impuesto casi de manera inmediata. De esta forma, explica el autor que «En el mundo real -y condicionado a la detección- el castigo es ciertamente rápido, especialmente para los sospechosos de bajos ingresos. Se les detiene y encarcela en cuanto se les detecta, y no tienen recursos para pagar la fianza, por lo que su castigo no puede ser más inmediato. De hecho, para muchos delitos de poca monta, el proceso de detención es en sí mismo estresante y humillante. Se puede llamar o no castigo porque no refleja un veredicto judicial, pero sin duda es costoso para el acusado. En cambio, el enjuiciamiento de muchos delitos de cuello blanco sí refleja la imagen

Pese lo anterior, sí que es cierto que, si bien la literatura criminológica es escasa, desde el ámbito de la psicología se ha puesto a prueba la intuición beccariana relativa a que el castigo debe imponerse lo más pronto posible para que el sujeto infractor asocie el comportamiento delictivo con el castigo. Así, se han llevado a cabo diversos experimentos de laboratorio (con ratas y también con personas) en el ámbito de la psicología en materia de condicionamiento que vendrían a mostrar que el castigo tiene más eficacia cuando es inmediato. De hecho, retrasos de 10 a 20 segundos en la imposición del castigo pueden comprometer dicha eficacia. Investigaciones posteriores trataron de analizar en qué medida se podía mitigar este efecto producido por el retraso del castigo y mantener igualmente la eficacia. Este segundo conjunto de investigaciones mostró que cuando el castigo se retrasa, debe existir un componente verbal/cognitivo para que la persona pueda seguir conectando el castigo con su comportamiento infractor⁷⁹⁰. Sin embargo, tal y como explican PRATT y TURANOVIC, todas estas investigaciones en el ámbito de la psicología tenían muchas limitaciones a tener en cuenta, lo que lleva a concluir a estos autores que

[...] la conclusión es que las evidencias empíricas que apoyan la existencia de un efecto de celeridad significativo del castigo son, en el mejor de los casos, dispersas e inconsistentes. Pero lo único que está muy claro es que si va a haber un efecto de celeridad significativo, aparecerá cuando la gente empiece a sentir el castigo (el coste) mientras los beneficios de su comportamiento delictivo todavía se están disfrutando y, por lo tanto, todavía están frescos en sus mentes ⁷⁹¹.

En el ámbito criminológico, destacan algunos estudios como el de KLECK y colaboradores que analizan los efectos de la celeridad en general. En este estudio en el que trataban de

idealizada de nuestro sistema de justicia, en el que no se produce ningún castigo hasta el veredicto final del juicio y el agotamiento de los recursos», (RASKOLNIKOV, A., «Criminal Deterrence: A Review...», *ob. cit.*, p. 40).

⁷⁹⁰ PRATT, T. C., y TURANOVIC, J. J., «Celerity...», *ob. cit.*,

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 192.

analizar en qué medida las características objetivas del castigo coincidían con las subjetivas, analizaron la celeridad o prontitud tomando como medida de ésta la media de días que pasan los sujetos desde que son arrestados hasta que son sentenciados. De conformidad con este estudio, para tres de los cuatro tipos de delitos analizados, la asociación entre la celeridad real y la percibida no era significativamente distinta de cero⁷⁹². Desde una perspectiva más individual, destaca el estudio de LOUGHRAN, PATERNOSTER y WEISS. En este estudio, los autores tenían como objetivo analizar el efecto del descuento en la toma de decisiones. Para ello, utilizaron un escenario hipotético sobre la conducción influenciada. Estos autores a partir del modelo de utilidad descontada⁷⁹³, emplearon un diseño en el que trataban de suscitar las preferencias del tiempo para los potenciales beneficios y costes, examinando pues si la disposición de los sujetos a enrolarse en una conducción influenciada difiere cuando los beneficios y los costes son introducidos y diseñados para que ocurran en momentos futuros cada vez más retrasados en el tiempo. En este sentido, por lo que respecta al retraso del tiempo a los participantes se les preguntó sobre su disposición a conducir influenciados en el caso de que las tres noches en prisión (coste de la cárcel) fueran: a) a partir de esta noche; b)

⁷⁹² KLECK, G., SEVER, B., LI, S., y GERTZ, M., «The Missing Link...», *ob. cit.*, 2005.

⁷⁹³ De conformidad con los autores, este modelo es muy similar al modelo de la utilidad esperada, en la medida en que en ambos los decisores tienen que tomar la decisión sobre la base de sopesar los costes y los beneficios. Ahora bien, tal y como explican «Una diferencia importante es que en el modelo UE las ponderaciones son la probabilidad de que se produzca cada resultado, mientras que en el modelo DU las ponderaciones son factores de descuento basados en un retraso en el tiempo. Tomando nuestro ejemplo anterior, una expresión muy sencilla de la UE de la elección intertemporal de tomar 100 dólares ahora o esperar un período en el futuro (aquí, 30 días) para recibir 102 dólares podría ser: tomar la primera opción si $p(100 \text{ dólares}) > p(102 \text{ dólares})$, donde p es la probabilidad esperada de cada resultado. Del mismo modo, una expresión DU muy sencilla de la misma elección podría ser: tomar la primera opción si $\$100 > \delta(\$102)$, donde δ es algún factor de descuento que devalúa sistemáticamente la cantidad futura en un valor presente» (LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTER, R., y WEISS, D., «Hyperbolic Time Discounting, Offender Time Preferences and Deterrence», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 28, 2012, p. 610).

dentro de una semana desde ahora; c) dentro de un mes desde ahora; d) dentro de un año desde ahora; y, e) dentro de 10 años desde ahora. Asimismo, también realizaron preguntas acerca del retraso de los beneficios. Entre los beneficios adicionales añadieron la información relativa a llevar a casa a unos vecinos que se lo piden y le ofrecen a cambio pagar toda la cuenta de bebidas de esa noche. En este sentido, se les preguntó por la posibilidad de conducir bajo esas circunstancias si tales beneficios se recibían esa misma noche, una semana después, un mes después, un año después o 10 años después. Entre sus resultados destacan que los sujetos del estudio tienen preferencias del tiempo hiperbólicas⁷⁹⁴, tanto para los costes como para los beneficios, si bien ese descuento hiperbólico era menor en el caso de los costes, esto es: los sujetos prefieren las ganancias inmediatas. Así, como reportan los autores, cuando el beneficio de beber y conducir se retrasó una semana la intención de conducir bajo los efectos del alcohol aumentó un 10%, cuando se retrasó un mes, la intención aumentó un 4%⁷⁹⁵.

Más allá de los estudios de laboratorio procedentes del ámbito de la psicología y de los estudios bien sea con datos agregados o bien sea con datos individuales, especial mención merecen determinados programas llevados a cabo en la realidad para analizar el efecto preventivo de la celeridad. Uno de estos programas, quizás el más conocido, es el programa HOPE

⁷⁹⁴ Los autores definen el descuento hiperbólico como « una incoherencia, a menudo considerada irracional, en las preferencias intertemporales de un individuo, por la que un individuo revela una pequeña tasa de descuento cuando considera recompensas retrasadas por periodos más largos, pero el mismo individuo mostrará una tasa de descuento mucho mayor cuando considera recompensas inmediatas o con pequeños retrasos temporales. En otras palabras, mientras que puedo preferir 100 dólares hoy a 102 dólares dentro de 30 días, invertiré mi preferencia y preferiré 102 dólares dentro de un año y 30 días a 100 dólares dentro de un año, porque la tasa de descuento del futuro disminuye a medida que el retraso se produce más en el futuro. [...] La implicación de esta inversión de preferencias es que soy más impaciente cuando hago un intercambio a corto plazo (hoy frente a dentro de 30 días) que cuando hago un intercambio a largo plazo (un año frente a un año y 30 días)» (*Ibid.*, p. 614).

⁷⁹⁵ *Ibid.*

(*Hawaii's Opportunity Probation with Enforcement*)⁷⁹⁶ y que fue impulsado por el Juez Steven Alm que decidió experimentar con las consecuencias del quebrantamiento de la libertad condicional⁷⁹⁷. Mediante este programa se buscaba imponer de manera inmediata sanciones, aunque más benevolentes,

⁷⁹⁶ De conformidad con el Instituto Nacional de Justicia de los Estados Unidos en cuya página web se encuentra la información acerca de este programa, lo definen del siguiente modo: «Hawaii Opportunity Probation with Enforcement (HOPE), o Hawaii HOPE, es una estrategia de supervisión comunitaria para personas en libertad condicional que abusan de sustancias. Los principales objetivos de Hawaii HOPE son reducir el consumo de drogas, la reincidencia y el encarcelamiento. Hawaii HOPE se dirige a personas en libertad condicional que, por lo general, tienen un largo historial de consumo y participación en las drogas. con el sistema de justicia penal y que se considera que corren un alto riesgo de incumplir la libertad condicional o de volver a la cárcel. Hawaii HOPE comienza con una audiencia de advertencia/notificación ante un juez, que deja claras las expectativas de cumplimiento: no se tolerará la violación de las condiciones de la libertad condicional, y cada violación dará lugar a una breve estancia inmediata en la cárcel. Hawaii HOPE se diseñó de acuerdo con una base teórica que hace hincapié en las expectativas de comportamiento claramente definidas para los agentes de libertad condicional, el uso de sanciones rápidas y determinadas cuando los agentes de libertad condicional no cumplen con esas expectativas, y elementos de justicia procesal que dejan claro a los agentes de libertad condicional que los miembros del tribunal (agentes de libertad condicional y jueces supervisores) quieren que tengan éxito». Disponible en:

<https://crimesolutions.ojp.gov/ratedprograms/49#eb>

⁷⁹⁷ RASKOLNIKOV, A., «Criminal Deterrence: A Review...», *ob. cit.* Tal y como explican CULLEN, F. T., PRATT, T. C., TURANOVIC, J. J., y BUTLER, L., «When Bad News Arrives: Project HOPE in a Post-Factual World», en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 34, núm. 1, 2018, pp. 13-14: «Al juez Alm le preocupaba que tantos delincuentes no cumplieran sus condiciones de libertad condicional, fallando en las pruebas de drogas o no presentándose a ellas. Tras repetidas infracciones con pocas consecuencias, llegaba el momento en que un juez exasperado les "bajaba los humos" revocando su libertad condicional y enviándolos a prisión. Alm razonó que una solución de sentido común sería sancionar inmediatamente cada infracción, es decir, aplicar un castigo rápido y seguro. Otra idea clave era resistir la tentación de imponer penas severas. En su lugar, las sanciones serían modestas (unos días de cárcel) y graduadas (aumentarían a medida que aumentarían las infracciones). Todos los infractores serían advertidos al principio de su libertad condicional sobre el sistema de sanciones, y todos serían castigados de la misma manera, es decir, de forma justa».

precisamente porque se hipotetizaba que la celeridad con respecto a este tipo de quebrantamientos era esencial para prevenirlos. Si bien las evaluaciones de estos programas han arrojado resultados muy positivos⁷⁹⁸, recientemente han sido puestos en duda en la medida en que la realización de ensayos controlados aleatorios (*Randomized controlled trial*) no han mostrado estos efectos tan positivos, sino más bien han encontrado o bien efectos especialmente modestos o directamente nulos⁷⁹⁹, dejando pues en entredicho la efectividad de la celeridad y, al mismo tiempo, mostrando la necesidad de prestar más atención a esta característica del castigo que ha sido obviada de manera sistemática en la literatura.

2. LA OTRA CARA DE LA MONEDA: LOS EFECTOS PERVERSOS DE LA SANCIÓN PENAL

Como se ha desarrollado en el *Capítulo III*, la Escuela clásica o los precursores de lo que es hoy la teoría de la disuasión

⁷⁹⁸ Así, por ejemplo, la evaluación de HAWKEN, A., y KLEIMAN, M., «Managing drug involved probationers with Swift and certain sanctions: Evaluating Hawaii's HOPE: Executive Summary», National Criminal Justice Reference Services, Washington DC, 2009, mostró que los participantes eran un 61% menos propensos a no acudir a las citas con los agentes de la condicional en comparación con el grupo control. Dicho de otro modo, el grupo que recibió el programa HOPE solo tenían un 9% de media de no acudir a las citas, mientras que el otro grupo tenía un 23%. Por otro lado, los participantes de HOPE tenían un 72% menos de probabilidades de tener un análisis de orina positivo que el grupo de comparación. Por lo que se refiere a las probabilidades de arresto, los participantes del programa HOPE tenían un 55% menos de probabilidades de ser arrestados por un nuevo delito. Del mismo modo, los participantes de HOPE tenían un 55% menos de probabilidades de que se les revocara su libertad condicional. Finalmente, los participantes de HOPE pasaban de media un 48% menos de días en la cárcel. Mientras que de media eran sentenciados a 138 días de prisión, los del otro grupo eran sentenciados de media a 267 días de prisión. En este sentido, los resultados de este tipo de programas se han mostrado tan positivos que para el año 2018 ya se habían implementado en 31 estados de los Estados Unidos.

⁷⁹⁹ Véase en profundidad CULLEN, F. T., PRATT, T. C., TURANOVIC, J. J., y BUTLER, L., «When Bad News Arrives...», *ob. cit.*, sobre la polémica en torno a la efectividad del programa HOPE.

asentaron la idea de que las leyes si son racionales tendrán efectos preventivos⁸⁰⁰. De hecho, son las ideas principales de estos autores las que posteriormente han alimentado todo un cuerpo de investigaciones empíricas dirigidas a tratar de poner a prueba las principales hipótesis. Y no es para menos si tenemos en cuenta que la disuasión penal es, como apunta RASKOLNIKOV, un gran tema: «grande en cuanto al papel que desempeña en la vida de las personas, grande en cuanto al alcance y la escala del gasto público, y grande en cuanto a la atención académica que ha captado durante décadas»⁸⁰¹. Pero, si se ha llegado hasta aquí, también se habrá podido comprobar que la intuición acerca de la relación entre racionalidad y prevención no es tan simple, así como que los efectos preventivo-generales de las penas no son especialmente halagüeños mirados desde la perspectiva clásica.

En cualquier caso, más allá de esto, lo que nos interesa resaltar ahora es que, la formulación utilitarista realizada en torno a que si las leyes, si son racionales, tendrán efectos preventivos-generales contiene, en realidad, dos hipótesis. La primera es la que se ha analizado a lo largo de gran parte de este capítulo y es la relativa a que las sanciones penales en tanto severas, ciertas y prontas disuadirán de la realización de comportamientos delictivos. De esta hipótesis es esencialmente de la que se ha encargado la literatura generando todo un cuerpo vasto de evidencias y desarrollos teóricos que nos han llevado hasta los últimos avances en materia de economía del comportamiento. La segunda, sin embargo, no ha recibido prácticamente atención. Esta es: las leyes penales que no sean racionales en dichos términos ¿no generarán efectos preventivos? Dicho de otro modo, ¿qué sucede cuando las leyes penales son irracionales? O, más bien, sabiendo que las teorías de los efectos de la sanción son teorías de la percepción, ¿qué ocurre cuando los sujetos perciben que las sanciones penales son irracionales/injustas? Como señalaron VON HIRSCH y colaboradores, las sanciones penales, en concreto, los cambios marginales en las variables de la severidad y la certeza pueden

⁸⁰⁰ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción, ob. cit.*, p. 283.

⁸⁰¹ RASKOLNIKOV, A., «Criminal deterrence...», *ob. cit.*, p. 2.

tener efectos contraproducentes, pero no en el sentido de dejar de ser eficaces o de no dar resultados preventivos solamente, sino que incluso pueden llegar a tener efectos criminógenos o, al menos, de deslegitimación de la propia norma y del sistema de justicia penal⁸⁰². En concreto, aquí nos estamos refiriendo a cuando un «exceso» en el uso de la estrategia disuasoria genera una sensación de injusticia y desproporcionalidad que puede conducir a una falta de legitimidad tenga como consecuencia una falta de deferencia hacia la norma y la autoridad.

Uno de los autores que puso esto de manifiesto fue, tal y como analizaremos a continuación, el criminólogo americano Lawrence W. SHERMAN quien, además de desarrollar la teoría del desafío, puso de manifiesto la necesidad de crear un cuerpo de evidencias que guiaran a la política criminal y al Derecho penal en materia de efectos de las sanciones, teniendo en cuenta que éstas no solamente podían tener una capacidad disuasoria sino también la contraria, o más bien, no solamente podían generar una reacción en los potenciales infractores consistente en el cumplimiento de las normas, sino que también podían producir la reacción contraria, una reacción de rebeldía contra el cumplimiento de las mismas⁸⁰³. De hecho, resulta especialmente interesante su reflexión en torno a los peligros del expansionismo y punitivismo consolidado ya en las sociedades occidentales, y se preguntó por los efectos criminógenos de las sanciones penales. Así, reconociendo que el ámbito de lo punible cada vez abarcaba más y más conductas, aunque éstas criminalizaciones se llevaran a cabo sobre la base de una estrategia disuasoria, entendía el autor que era necesario realizar las siguientes preguntas: a) si una amplia aplicación de sanciones penales a conductas que, en realidad, no son

⁸⁰² VON HIRSCH, A., BOTTOMS, A. M., BURNEY, E., y WIKSTRÖM, P. O., *Criminal deterrence...*, *ob. cit.*

⁸⁰³ Así, SHERMAN pone de manifiesto que la idea central de la teoría del desafío es «la intuición emocional de la obligación moral de desafiar el statu quo» (SHERMAN, L. W., «Defiance, compliance and consilience: A General Theory of Criminology», EN MCLAUGHLIN, E., y NEWBURN, T. (EDS.), *The Sage Handbook of Criminological Theory*, Sage, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2010, p. 361)

castigadas de manera universal, pueden debilitar la fuerza moral del Derecho penal contra todos los delitos; b) si una amplia aplicación de las sanciones penales produce un enfado entre la gente y una actitud de rebeldía hacia la ley, generando un deseo por la venganza en contra de los agentes e instituciones del Derecho penal; c) si una amplia aplicación de las sanciones penales reducirá la severidad del castigo correspondiente a cada delito, convirtiendo a los delitos serios en menos serios o infringiendo el sentido de justicia de la comunidad; d) si una amplia aplicación de las sanciones penales reduciría la certeza del castigo de cada delito, aumentando la arbitrariedad del castigo y el sentido de injusticia entre los pocos que tengan la mala suerte de ser «pillados» y castigados; e) si una amplia aplicación de las sanciones penales impulsa una despersonalización de las víctimas⁸⁰⁴. A nuestro juicio, lo interesante de estas hipótesis es que ponen el acento en el reverso del empleo de las sanciones penales, y llaman la atención sobre la necesidad de analizar los efectos nocivos de la intervención penal. Y aunque pudiera parecer baladí, lo cierto es que la mayor parte de la literatura empírica en materia de disuasión se ha ocupado principalmente de poner a prueba una vez tras otra la estrategia disuasoria, sin preguntarse por otros posibles efectos o reacciones de los potenciales infractores. Asimismo, en nuestra doctrina se ha consolidado especialmente la crítica al legislador de determinadas criminalizaciones y aumentos en la severidad de las penas sobre la base de la escasa o nula capacidad disuasoria de las mismas y se ha obviado por completo una crítica más dura todavía cual es la relativa a los posibles efectos perversos del empleo de la estrategia disuasoria. Por otro lado, también creemos que este enfoque merece especial atención porque, como veremos a continuación, SHERMAN propone una teoría integrada que tiene como objetivo analizar el posible efecto de desafío que puedan generar sanciones penales que exceden de lo que la ciudadanía consideraría tolerable, es decir, propone un interesante marco

⁸⁰⁴ SHERMAN, L. W., «Criminology and Criminalization: Defiance and the Science of the Criminal Sanction», en *International Annals of Criminology*, vol. 31, núm. 1-2, 1993.

teórico del que los estudiosos del Derecho penal pueden hacer uso y operativiza las variables para su medición.

2.1. LA TEORÍA DE LA DISUASIÓN VS. TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO: LA TEORÍA DEL DESAFÍO

La teoría de la disuasión, como se ha venido analizando, es una teoría de los efectos de la sanción. Concretamente, de conformidad con esta teoría cuanto más costoso sea el delito para el potencial delincuente, más *efectos* disuasorios producirá y, para hacer más costoso el delito es necesario manipular las características del castigo. Sin embargo, otras teorías criminológicas como las del etiquetamiento también realizan predicciones sobre los efectos de la sanción, pero en estos casos, la predicción es precisamente la contraria: las sanciones, en la medida en que afectan negativamente a la identidad personal y eliminan oportunidades, abren la puerta a comportamientos desviados y, por tanto, la sanción penal no solo no previene los delitos, sino que puede ser una explicación por la que se cometen⁸⁰⁵. Ambas teorías proponen hipótesis contrarias⁸⁰⁶, y como explica SHERMAN, durante mucho tiempo han mantenido una preeminencia clara, «exigiendo» la elección por alguna de las dos⁸⁰⁷. No obstante, entre unas teorías y las otras surgen teorías integradoras como es la teoría del desafío. Como se ha adelantado en el apartado anterior, esta teoría, formulada por Lawrence W. SHERMAN, vendría a integrar, en realidad, «elementos de teorías del control social y del etiquetamiento»⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Véase una explicación de las distintas teorías del etiquetamiento así como de los presupuestos básicos en SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

⁸⁰⁶ BRAME, R., y PATERNOSTER, R., «Defiance Theory», en MILLER, M. J. (ED.), *The Encyclopedia of Theoretical Criminology*, Blackwell Publishing, 2014.

⁸⁰⁷ SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 30, núm. 4, 1993.

⁸⁰⁸ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 452. En concreto, SHERMAN señala que: «Hasta hace poco, las doctrinas de la disuasión y del etiquetado han mantenido un dominio sobre el campo, exigiendo una

En su célebre artículo *Defiance, Deterrence, and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction*, el autor se hace la siguiente pregunta: «¿Bajo qué condiciones cada tipo de sanción penal reduce, aumenta o no tiene ningún efecto sobre futuros delitos?»⁸⁰⁹. Para SHERMAN, aunque los delitos y eventos criminales son una respuesta a la amenaza formal del castigo asociada a la norma legal, el papel que esa amenaza pueda tener en la causación y la prevención del delito ha recibido una atención curiosamente escasa, existiendo una descompensación evidente en la literatura criminológica que trata de describir y explicar el crimen y su teorización, con la falta de una teoría que guíe a la investigación empírica en materia de los efectos que produce la sanción. En sus palabras: «Una ciencia de los efectos de las sanciones requiere teorías explícitas de esos efectos, no sólo teorías modificadas de la causalidad del delito»⁸¹⁰. Comprometido con esta tarea, SHERMAN desarrolla su teoría del desafío (*Defiance Theory*), una teoría sobre los efectos de la sanción y que integra tres teorías relativamente recientes. En primer lugar, la teoría del avergonzamiento reintegrador (*Theory of Reintegrative Shaming*) de BRAITHWITE⁸¹¹; en segundo lugar, la teoría de la justicia procedimental de TYLER⁸¹²; y, en tercer lugar, la teoría de las emociones y su relación con los

elección entre ambas. Pero tres nuevas teorías ofrecen la promesa de resolver el estancamiento con un poder explicativo mucho mayor. La más visible entre los criminólogos es la teoría de la vergüenza reintegrativa de Braithwaite. La más destacada entre los politólogos es la escuela de la justicia procesal, en particular el importante estudio de Tyler sobre el cumplimiento. La tercera teoría es la sociología de Scheff y Retzinger sobre las "emociones maestras" del orgullo y la vergüenza que dominan las respuestas humanas a las sanciones experimentadas y vicarias» (SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence, and irrelevance...», *ob. cit.*, p. 446)

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ *Ibidem*.

⁸¹¹ BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

⁸¹² TYLER, T. R., *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven, 1990.

vínculos sociales de SCHEFF y RETZINGER⁸¹³. De acuerdo con la primera teoría (el avergonzamiento reintegrador), las sanciones penales pueden imponerse de dos formas: de una forma en la que la misma suponga una estigmatización o de una forma en la que consiga un efecto reintegrador. Mientras que las sanciones estigmatizadoras producirán efectos criminógenos, las que puedan imponerse de manera reintegradora producirán efectos de control del crimen⁸¹⁴. De acuerdo con la segunda (la justicia procedimental), la obediencia a las normas depende de, por un lado, cómo de justas y moralmente correctas se perciban las normas y a las autoridades, por otro, como sea el modo en el que se imponen. Efectivamente, las sanciones que además de percibirse justas son impuestas de manera justa (un trato justo, proporcional, equitativo, etc.) tenderán a generar más cumplimiento y deferencia⁸¹⁵ hacia la norma y las autoridades.

⁸¹³ SCHEFF, T. J., y RETZINGER, S. M., *Emotions and Violence: Shame and Rage in Destructive Conflicts*, Lexington Books, Lexington, 1991.

⁸¹⁴ De conformidad con esta teoría, que una persona que ya ha delinquirido siga delinquiriendo podría depender del tipo de reacción social que se produce frente a su conducta. En este sentido, hay dos tipos de reacciones. La primera, de carácter reintegrador, supondría una respuesta negativa pero no desproporcionada e incluiría elementos de «reaceptación», y que consigue generar en el delincuente un sentimiento de vergüenza que lo ayuda a entender el daño que ha realizado. La segunda, sin embargo, puede ser una reacción social totalmente estigmatizadora, excluyendo y marginando al delincuente de la sociedad, aumentando así sus probabilidades de continuar con su carrera delictiva. Véase un resumen de esta teoría en SERRANO MAÍLLO, A., *Teoría Criminológica. La explicación del delito en la sociedad contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 294 y ss.

⁸¹⁵ En este sentido, la teoría de la justiciar procedimental capitaneada principalmente por TOM R. TYLER ha recibido una gran atención empírica en las últimas décadas, tratando de, por un lado, descomponer el propio concepto de obediencia a la ley y, por otro, poniendo a prueba la hipótesis de esta teoría. La literatura es vasta en este sentido, pero baste con nombrar algunos trabajos como: BOTTOMS, A., y TANKEBE, J., «Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2012; BRADFORD, B., «Policing and social identity: Procedural justice, inclusión and cooperation between police and public», en *An International Journal of Research and Policy*, 2012; CASTRO-TOLEDO, F. J., «Obediencia a la ley y apoyo al Sistema de justiciar penal en colectivos vulnerables», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019;

Finalmente, y en cuanto a la tercera, explicaría que los individuos se diferencian por la respuesta emocional a las sanciones dependiendo de cómo sea el vínculo social que mantienen con el agente sancionador (autoridad) y con la sociedad en general⁸¹⁶. Con la integración de todas estas teorías, el cumplimiento o desafío a las normas dependerá de cuatro grandes conceptos clave: legitimidad, vínculo social, vergüenza y orgullo⁸¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, se pueden realizar tres predicciones sobre los efectos de las sanciones teniendo en cuenta todos los anteriores elementos:

- i. Efecto desafío: las sanciones producirán un efecto de desafío hacia la norma que se puede concretar bien en la persistencia del comportamiento, en infracciones más frecuentes o en una escalabilidad de la gravedad de las conductas delictivas en la medida en que: a) los sujetos experimenten la conducta sancionatoria como ilegítima; b) tengan unos vínculos sociales pobres con la autoridad sancionadora y/o con la comunidad; y, c) no sientan vergüenza por su conducta sino que se sientan orgullosos de no pertenecer a esa comunidad normativa sancionadora⁸¹⁸.

- ii. Efecto disuasorio: las sanciones producirán un efecto disuasorio que se puede traducir en el desistimiento, en una menor frecuencia de infracciones o en la realización de delitos menos graves en la medida en que: a) el sujeto experimente la conducta sancionadora como legítima; b) tenga buenos vínculos sociales con la autoridad sancionadora y/o con la comunidad; y, c) acepte la

MAZEROLLE, L., BENNETT, S., SARGEANT, D. J., SARGEANT, E., y MANNING, M., «Procedural justice and police legitimacy: a systematic review of the research evidence», en *Journal of Experimental Criminology*, vol. 9, 2013.

⁸¹⁶ SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence...», *ob. cit.*

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 448.

⁸¹⁸ *Ibidem.*

vergüenza por su conducta y se sientan orgullosos de la solidaridad de la comunidad⁸¹⁹.

- iii. Efectos irrelevantes: las sanciones no tendrán efectos, ni preventivos ni criminógenos, en la medida en que factores que producen el desafío y factores que producen disuasión están contrabalanceados⁸²⁰.

Asimismo, SHERMAN define el «efecto desafío» como el incremento ya sea en la prevalencia, en la incidencia o en la gravedad de los delitos producido por el orgullo y la falta de vergüenza hacia la administración de la sanción. Se puede hablar de desafío individual cuando se trata de ese efecto en un determinado sujeto hacia su propio castigo, o de desafío general si esta reacción se produce en un mismo grupo o colectividad. Asimismo, cabe diferenciar entre desafío directo cuando se realiza un delito contra el agente sancionador, mientras que el indirecto hace referencia a cuando se desplaza a un objetivo que representa indirectamente al agente sancionador⁸²¹.

Para que la sanción produzca un efecto de rebeldía en el sujeto sancionado deben darse cuatro condiciones: a) el infractor tiene que definir la sanción penal como injusta; b) tiene un vínculo muy pobre con el agente sancionador o la comunidad a la que éste último representa; c) el infractor percibe la sanción como estigmatizadora, que es una sanción «de autor» y no del hecho; d) el infractor se niega a reconocer la vergüenza que la sanción le ha hecho sentir⁸²². Asimismo, SHERMAN describe la injusticia de la sanción (*unfair*) cuando se dan una o las dos siguientes condiciones.

1. El agente sancionador se comporta con falta de respeto hacia el infractor, o hacia el grupo al que éste pertenece, independientemente de lo justa que sea la sanción en cuanto al

⁸¹⁹ *Ibidem*.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 449.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 459.

⁸²² *Ibid.*, p. 460.

fondo. 2. La sanción es sustancialmente arbitraria, discriminatoria, excesiva, insuficiente o, de otro modo, objetivamente injusta⁸²³.

Con todo, tal y como explican BRAME y PATERNOSTER, la teoría del desafío constituye una teoría mucho más matizada sobre los efectos de las sanciones. Efectivamente, las sanciones penales pueden disuadir de la realización de delitos, pueden aumentar su realización o pueden ser simplemente irrelevantes para el delito. Este efecto dependería, pues, tanto de la forma en la que las sanciones son impuestas en las características concretas (relevantes para esta teoría) de los individuos⁸²⁴. Ahora bien, como estos mismos autores indican: «Por supuesto, la cuestión es si las predicciones hechas por la teoría del desafío son confirmadas por los datos disponibles»⁸²⁵.

2.2. PUESTA A PRUEBA DE LA TEORÍA DEL DESAFÍO

A pesar de que han transcurrido cerca de 20 años desde la formulación de esta teoría y que realiza una serie de apreciaciones que hasta el momento habían sido de alguna forma obviadas, todavía son escasos los estudios empíricos que pongan a prueba esta teoría⁸²⁶, y aquellos estudios cuyos resultados vendrían a apoyarla, han sido diseñados originalmente con otros objetivos⁸²⁷ y no para poner a prueba específicamente esta teoría, con lo que los resultados deben tomarse con la debida cautela que ello implica⁸²⁸. En todo caso, sí que es posible señalar estudios que de una manera, podríamos

⁸²³ *Ibid.*, pp. 460-461.

⁸²⁴ BRAME, R., y PATERNOSTER, R., «Defiance...», *ob. cit.*

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁸²⁶ Véase un resumen, por ejemplo, en LETTENEY, K. W., «Defiance Theory», en SCHRECK, C. J. (ED.), *The Encyclopedia of Juvenile Delinquency and Justice*, John Wiley & Sons, 2017.

⁸²⁷ BOUFFARD, L. A., y SHERMAN, L. W., «Defiance Theory», en BRUINSMA, G., y WEISBURD, D. (EDS.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, 2014.

⁸²⁸ *Ibid.*

decir, «no definitiva», como cualquier resultado empírico, irían en la línea de los elementos y predicciones de esta teoría⁸²⁹.

En este sentido, PATERNOSTER, BACHMAN, BRAME y SHERMAN llevaron a cabo un estudio en el que, utilizando los datos del Experimento de Violencia Doméstica de Milwaukee⁸³⁰, analizaron en qué medida los procedimientos «justos» por parte de los policías que acudían a la escena del incidente influía en posteriores incidentes similares. De acuerdo con este estudio, cuando la policía actuaba de una forma que se puede considerar como procedimentalmente justa en lo que respecta al arresto de los sospechosos, la tasa de posteriores incidentes era significativamente más baja que en aquellos supuestos en los que no se daba ese trato, mostrando la importancia de la percepción de un trato justo para un posterior cumplimiento⁸³¹. LEEPER PIQUERO y BOUFFARD, por su parte, analizaron en qué medida la forma en la que la policía trataba a los sospechosos generaba una actitud desafiante y, en consecuencia, éstos se resistían a los arrestos. Utilizando los datos del Estudio de Servicios Policiales (*Police Services Study*), los autores obtienen que aquellos «encuentros» con la policía en los que los agentes utilizan un lenguaje no amenazante mediante el cual incluso se «riñe» o se «alecciona» tienen menos probabilidad de ocasionar una actitud desafiante. Por el contrario, encuentros confrontantes y amenazantes tienen más probabilidades de generar rebeldía. En particular, ser esposado, «cacheado» o físicamente forzado a cumplir con la solicitud del policía pueden

⁸²⁹ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

⁸³⁰ Véase sobre ello SHERMAN, L. W., SCHMIDT, J. D., ROGAN, D. P., SMITH, D. A., GARTIN, P. R., COHN, E. G., COLLINS, D. J., y BACICH, A. R., «Variable Effects of Arrest on Criminal Careers: The Milwaukee Domestic Violence Experiment», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 83, núm. 1, 1992.

⁸³¹ Un trato más justo del sospechoso implicaba situaciones como escuchar la versión del infractor, no utilizar las esposas, y transmitir que la policía no se había hecho una idea preconcebida de los hechos. PATERNOSTER, R., BACHMAN, R., BRAME, R., y SHERMAN, L. W., «Do Fair Procedures Matter? The Effect of Procedural Justice on Spouse Assault», en *Law & Society Review*, vol. 31, núm. 1, 1997.

ser acciones estigmatizantes si son realizadas en público y, en consecuencia, pueden aumentar las probabilidades de una actitud desafiante⁸³². En un sentido similar, BELVEDERE, WORRAL y TIBBETTS analizaron datos policiales con el objetivo de analizar la razón por la que las personas arrestadas se resisten a su detención. Con una muestra de 400 informes policiales, de los cuales 200 casos tenían añadidos cargos por resistencia al arresto, encontraron que los sospechosos afroamericanos se resistían más que los caucásicos. Los autores argumentan este resultado entendiendo que ello puede que sea así porque es plausible pensar que los sospechosos afroamericanos tienen más probabilidad de percibir la acción policial de policías blancos como ilegítima e injusta⁸³³. FREEMAN, LIOSIS y DAVID llevaron a cabo, por su parte, un estudio con el objetivo de analizar en qué medida las variables del modelo de la disuasión, del desafío y de la desviación eran predictoras de la conducta de conducir bajo la influencia del alcohol. Este estudio se llevó a cabo sobre una muestra de 166 reincidentes de esta conducta, y realizaron un análisis de regresión para determinar la influencia de las variables de la disuasión (certeza, severidad y prontitud), de la teoría del desafío (consideración de la pena como justa; cómo de justa es la pena en comparación con otros; justicia procedimental, sentimientos de vergüenza, legitimidad del Gobierno), y la teoría de la desviación (convicciones criminales, apego moral a la norma, respeto por la ley, número de condenas por conducir bajo la influencia del alcohol) en las intenciones de volver a realizar la conducta, la frecuencia de haber conducido bajo los efectos en los últimos 6 meses y, la frecuencia de conducción influenciada a lo largo de la vida. Entre los resultados encuentran que variables de los tres modelos son predictoras de la reincidencia, sumándose este estudio al apoyo

⁸³² LEEPER PIQUERO, N., y BOUFFARD, L. A., «A Preliminary and Partial test of Specific Defiance», en *Journal of Crime and Justice*, vol. 26, 2003.

⁸³³ BELVEDERE, K., WORRALL, J. L., y TIBBETTS, S. G., «Explaining Suspect Resistance in Police-Citizen Encounters», en *Criminal Justice Review*, vol. 30, núm. 1, 2005.

de la teoría del desafío⁸³⁴. Otro estudio interesante que trata de poner a prueba la teoría del desafío es el llevado a cabo por TTOFI y FARRINGTON. Estos autores, empleando la técnica del caso escenario encuestaron a 182 niños. En el caso hipotético el infractor es sancionado por sus padres. Los participantes, tras leerlo, tuvieron que contestar a los ítems de las principales variables de la teoría del desafío, encontrando apoyo empírico para la misma⁸³⁵. Del mismo modo, BOUFFARD y LEEPER PIQUERO encontraron apoyo para dos de los tres principales elementos de la teoría del desafío. Es decir, encontraron que aquellos sujetos que percibían el trato de la policía como injusto y tenían unos vínculos sociales pobres acababan teniendo más contactos con la policía posteriormente que aquellos que percibían la acción policial como justa y tenían unos buenos vínculos sociales⁸³⁶.

2.3. BREVE REFERENCIA AL REPLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL DESAFÍO COMO UNA TEORÍA GENERAL

Si bien los estudios que han tratado de analizar en qué medida las predicciones de SHERMAN en torno a las reacciones a las sanciones se confirmaban han mostrado apoyo en la dirección de tales hipótesis, en 2010 el autor reformuló esta teoría para ampliarla a otros eventos de interés para la criminología y convertirla en una teoría general⁸³⁷. De conformidad con SHERMAN, la definición original de la criminología de SUTHERLAND⁸³⁸ incluía tres eventos de interés: la legislación (*law-making*), la infracción (*law-breaking*) y la reacción a la

⁸³⁴ FREEMAN, J., LIOSSIS, P., y DAVID, N., «Deterrence, Defiance and Deviance: An Investigation Into a Group of Recidivist Drink Drivers' Self-Reported Offending Behaviours», en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 39, núm. 1, 2006.

⁸³⁵ TTOFI, M. M., y FARRINGTON, D. P., «Bullying: Short-Term and Long-Term Effects, and the Importance of Defiance Theory in Explanation and Prevention», en *Victims & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research, Policy and Practice*, vol. 3, 2008.

⁸³⁶ BOUFFARD, L. A., y PIQUERO, N. L., «Defiance theory and life course explanations of persistent offending», en *Crime and Delinquency*, vol. 56, 2010.

⁸³⁷ SHERMAN, L. W., «Defiance, compliance and consilience...», *ob. cit.*

⁸³⁸ SUTHERLAND, E. H., *Principles of Criminology*, Lippincott, Philadelphia, 1934.

infracción (*responses to law-breaking*). Sin embargo, la teoría del desafío en su versión original solamente se ocupaba de la infracción y, por ello, SHERMAN reformula la misma con el objetivo de que pueda abarcar a los tres ámbitos de la criminología, esto es, trata de formular una teoría general del desafío⁸³⁹.

En esta nueva reconceptualización de la teoría del desafío, la actitud desafiante es ahora una variable independiente, mientras que en la primera versión era una variable dependiente⁸⁴⁰. Formula ahora una teoría que aprovecha el consenso intelectual sobre las intuiciones morales para explicar la causalidad de diferentes fenómenos criminológicos. Es una teoría que, en sus palabras, «predice que es más probable que las leyes penales se elaboren, se infrinjan, se obedezcan y se apliquen cuando la gente siente intuitivamente que sus acciones están moralmente fundadas»⁸⁴¹. En este sentido, en este nuevo replanteamiento el concepto principal es esa intuición moral para desafiar al *status quo*. Dicha intuición puede estar informada por algún tipo de emoción que surge cuando se experimenta que dicha actitud es correcta y justa, como la indignación o la empatía. En cualquier caso, «el significado del desafío es luchar contra una fuerza moral (hasta

⁸³⁹ En sus palabras: «La versión original de esa teoría se limitaba a explicar la variación de las respuestas de los individuos y las sociedades a las sanciones penales y las amenazas de sanción. Esa formulación se centraba en uno solo de los tres ámbitos de la criminología de Sutherland (el incumplimiento de la ley). Sin embargo, como ocurre a veces en la ciencia, las inducciones a partir de las evidencias en una clase de eventos resultan ser aplicables a las inducciones en otra clase de eventos -un patrón de comprobación de teorías que los científicos han llamado históricamente consiliencia» (SHERMAN, L. W., «Defiance, compliance and consilience...», ob. cit., p. 362).

⁸⁴⁰ Según clarifica el autor, con el adjetivo de general no se pretende generar una teoría que explique todos los tipos de delitos con una sola hipótesis, sino que lo utiliza de conformidad con los usos que de ese adjetivo hacen la física o la biología: «uno que pueda explicar un problema general encontrado en diferentes clases de eventos y en múltiples niveles de análisis» (*Ibid.*, p. 366).

⁸⁴¹ *Ibidem*.

ahora) dominante. Esto incluye tanto los efectos del desafío como el desafío como causa de esos efectos, así como varias variedades de desafío»⁸⁴².

En efecto, en este nuevo planteamiento diferencia entre el desafío como causa o el desafío como efecto, una diferencia que, aunque se dejaba intuir en la primera formulación, no estaba del todo clara. En este sentido, el efecto desafío es un efecto que es el opuesto al efecto disuasorio. En la medida en que ahora se trata de formular una teoría general, este concepto debe aplicarse a los tres ámbitos. Por eso define el efecto desafío como una forma activa de resistencia a una fuerza contrapuesta. Por su parte, el desafío será una causa cuando pueda describirse como «un sentido individual o colectivo de obligación moral, que incluye la indignación y la empatía»⁸⁴³. Esta nueva reconceptualización también obliga a extender el ámbito de los distintos tipos de desafío y a añadir algunos nuevos. En este sentido, se diferencia entre desafío general y específico, pero ahora se extiende a los otros ámbitos de interés para la criminología. Así, por ejemplo, explica SHERMAN como ejemplos de desafío específico los siguientes

Por ejemplo, si me indigno por el incumplimiento generalizado de la ley sobre las correas para pasear a los perros en mi pueblo, puedo exigir a la policía local que aumente el cumplimiento de la ley mediante patrullas, o puedo grabar en vídeo a los infractores y realizar detenciones ciudadanas (desafío específico en el ámbito del cumplimiento). Podría desafiar el statu quo por indignación moral. O podría exigir a la Diputación que triplicara la multa por pasear a un perro sin correa (desafío específico en el ámbito de la aplicación de la ley). Sería un desafío al statu quo por indignación moral. O incluso podría tomarme la justicia por mi mano, disparando a los perros o a sus dueños (desafío específico en el ámbito de la legislación)⁸⁴⁴.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 369.

⁸⁴³ *Ibidem.*

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 370.

También cabe hablar de desafío directo o desplazado (anteriormente denominado indirecto), en los tres ámbitos de interés. Por ejemplo, el desafío en el ámbito de la infracción puede ser directo cuando se ataca a la persona que ha cometido un injusto moral ante los ojos del castigador (ahora delincuente) o puede ser desplazado cuando se ataca a una persona distinta a la que ha realizado el injusto moral, pero, de alguna forma es miembro del mismo grupo identitario. En el ámbito del desafío en la aplicación de la ley, éste puede ser directo por ejemplo cuando un policía empieza a parar indiscriminadamente a manifestantes, o puede ser desplazado cuando, por ejemplo, cuando un policía ataca a una persona que no es un manifestante, pero está en el lugar en ese momento. El desafío en relación con la legislación puede ser directo cuando se dirige a un objetivo muy concreto de indignación, por ejemplo, cuando como consecuencia de una modificación de la ley tres jefes de policía perdieron el control de sus agencias policiales porque habían despertado una gran indignación por sus actuaciones racistas. O también puede ser indirecto cuando, por ejemplo, se modifica la ley para que las mujeres musulmanas no puedan llevar el velo⁸⁴⁵.

Una nueva clasificación de tipos de desafío que añade SHERMAN a esta nueva reconceptualización es la relativa al desafío oculto y desafío identificable que hace referencia al grado en el que el sujeto desafiante está dispuesto a sacrificarse como consecuencia de la causa moral que defiende. Por ejemplo, en el caso del ámbito de las infracciones (*law-breaking*) el autor refiere a los terroristas camicaces a los que posteriormente se les hace vídeos ensalzándolos que serán vistos durante años por los siguientes terroristas camicaces. Pero también es posible desafiar de forma oculta, en el sentido de cometer algún tipo de delito, pero sin reclamar la autoría. Serían supuestos, por ejemplo, de las guerras de guerrillas, en las que se desafía directamente la ley y a la autoridad, pero se trata de un desafío como un proyecto a largo plazo de resistencia a una autoridad a

⁸⁴⁵ *Ibid.*, pp. 370-371.

la que se percibe como ilegítima⁸⁴⁶. En el ámbito de la aplicación de la ley, SHERMAN pone como ejemplo la ocultación del recuento de votos por parte del gobierno iraní en 2009 y el esfuerzo por ocultar un resultado fraudulento, como desafío a la aparición de un candidato fuerte en la oposición. Por último, en el ámbito de la legislación el autor de la teoría se refiere a aquellos supuestos en los que gobiernos, presidentes y legisladores se esconden o se exponen lo mínimo al público porque sus vidas corren peligro.

Otra clasificación del desafío es la que diferencia entre desafío pasivo y desafío activo. En el ámbito de la legislación hace referencia a los *boycotts*. Piénsese, por ejemplo, en el paro nacional que recientemente han protagonizado los camioneros españoles en nuestro país para forzar al gobierno a legislar sobre el combustible y otros costes. El desafío activo haría referencia a, por ejemplo, la recogida de firmas para derogar una determinada ley. En el ámbito de la aplicación de la ley un desafío pasivo sería aquel que los policías llevan a cabo cuando en el uso de su discrecionalidad no aplican la ley (piénsese en las ordenanzas que prohíben tirar las colillas de cigarrillos al suelo bajo una multa). En cambio, un desafío activo tendría que ver directamente con la aplicación de la ley más allá de lo que ésta permite, es decir, cuando abusan de su poder bajo una determinada indignación moral. En el ámbito de las infracciones, el desafío pasivo se daría en casos como, por ejemplo, no declarar a hacienda todos tus ingresos, no pagar el tique de autobús o metro, etc.

En cambio, una resistencia activa en el ámbito de la infracción de la ley sería cuando se ataca directamente a un legislador. En este caso, SHERMAN pone como ejemplo cuando en 2009 un ciudadano enfadado por unos gastos de un diputado cavó en el jardín de la casa de este diputado un símbolo de la libra esterlina⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 371.

⁸⁴⁷ *Ibidem.*

Por último, también cabe distinguir entre un desafío resistente y un desafío displicente. Mientras que con el primero lo que se pretende es cambiar el rumbo de acción de una autoridad, pero no destruir esta última, el segundo hace referencia a un desafío mucho más frontal en el que los desafiantes están dispuestos a involucrarse y trabajar con aquellos que desafían o contradicen. En este caso, el objetivo sería deshabilitar a la propia autoridad.

De conformidad con todo lo anterior, las premisas de esta nueva teoría general quedarían reproducidas literalmente como sigue:

1. La teoría del desafío es una explicación (explanans) de lo que puede llamarse "efectos" desafiantes (explananda) sobre el incumplimiento de la ley, la elaboración de la ley y la aplicación de la misma.
2. La teoría del desafío explica el comportamiento desafiante, definido como desafíos moralmente justificados al statu quo, por referencia a la variación en las intuiciones emocionales de la obligación moral.
3. Las personas perciben selectivamente algunos daños causados por los seres humanos contra otros.
4. Las intuiciones morales sobre ese daño pueden crear emociones de empatía, indignación o ambas.
5. Estas emociones pueden crear una obligación moral de desafiar el statu quo por considerarlo ilegítimo (por carecer de base moral).
6. La rebeldía puede ser resistente (comprometida) o displicente (desvinculada).
7. Todo desafío es un reto para la aprobación del público de una supuesta obligación moral, incluso cuando el público es un solo individuo comprometido con la elección personal.
8. La dinámica de los desafíos morales puede predecir el ritmo con el que las personas actúan según sus intuiciones morales, las reprimen o permanecen "moralmente insensibles", especialmente ante amenazas disuasorias compensatorias.
9. El desafío resistente puede cambiar o mantener los resultados de la elaboración de la ley, la infracción de la ley y las respuestas a la infracción de la ley.

10. El desafío despectivo por parte de los infractores de la ley puede provocar un cambio de régimen, una infracción de la ley o un aumento de la severidad del castigo por la infracción de la ley.

11. El desafío en cualquier clase de eventos puede persistir durante décadas o siglos.

12. El desafío puede producirse en los niveles macro, mezzo y micro, incluyendo la conducta individual⁸⁴⁸.

3. PREVENCIÓN MÁS ALLÁ DE LA DISUASIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

En la medida en que el foco de atención de esta primera parte de la tesis doctoral ha estado principalmente en la teoría de la prevención intimidatoria, nos hemos acogido a un concepto restrictivo de la disuasión⁸⁴⁹. Esto es, se ha optado por entender el concepto «disuasión» como equivalente al de la amenaza legal y se ha empleado el término «efectos disuasorios» para referirnos al refreno de la comisión de conductas delictivas como consecuencia de esa amenaza legal. La razón principal para ello ha sido, como se apuntaba en los *Capítulos II y III*, la de poner a prueba y verificar si esta teoría y, por tanto, aquellas políticas penales amparadas en la misma o las posturas de la doctrina penal alineadas con tales postulados estaban en lo cierto. Sin embargo, a pesar de esta decisión metodológica y un tanto artificiosa, lo cierto es que a lo largo de los anteriores apartados y capítulos se ha mostrado que la dirección de la investigación penal, criminológica y de la psicología social y cognitiva da cuenta de otra serie de variables que se relacionan con la propia amenaza del castigo o con el comportamiento conforme a las normas derivado de otras fuentes o mecanismos que suelen quedar incluidos en una definición amplia de disuasión. Nos referimos ahora al potencial preventivo o criminógeno que tienen las normas sociales y el sistema de valores del individuo. Si bien estas dos fuentes de cumplimiento

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 374.

⁸⁴⁹ KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.*, p. 71.

han estado de fondo a lo largo de toda la revisión de la literatura de este y los anteriores capítulos⁸⁵⁰, nos referimos a ellas en este apartado de forma más específica.

Especialmente útil nos resulta ahora la clasificación de Antony BOTTOMS sobre los tipos de cumplimiento en función de los mecanismos que lo activan. Como se puede observar en la

⁸⁵⁰ Recordemos que ya ZIMRING, F.E., y HAWKINS, G. J., *Deterrence...*, *ob. cit.*, entendían que las sanciones informales desencadenadas por las sanciones formales también son disuasorias. Asimismo, como hemos analizado, GEERKEN, M. R., y WALTER, R. G., «Deterrence: Some...», *ob. cit.*, distinguían entre los dos mecanismos disuasorios: el que es consecuencia de la sanción formal y el que lo es de la sanción informal. De manera similar, para MEIER y JOHNSON, es necesario «explicar la relación entre el comportamiento, por un lado, y tanto las sanciones legales como las extralegales, por otro» (MEIER, R. F., y JOHNSON, W. T., «Deterrence as a Social Control: the Legal and Extralegal Production of Conformity», en *American Sociological Review*, vol. 42, núm. 2, 1977). De hecho, en el *Capítulo V* se ha visto que, partiendo de estas premisas todo un conjunto de estudios dirigidos a comprobarlas muestra que las sanciones informales pueden tener un efecto preventivo incluso más elevado que las formales. Este era el caso de los estudios en materia del pago de impuestos en el que se veía que, efectivamente, la amenaza de la sanción informal desencadenada por la formal hacía que las personas quisieran cumplir más (KLEPPER, S., y NAGIN, D., «The Deterrent Effect...», *ob. cit.*). Asimismo, también se ha visto en el apartado dedicado al *nudging* que, en la medida en que los estudios han mostrado lo importantes que son las normas sociales para el cumplimiento en el sentido de que ofrecen una guía sobre cuál es el modelo de conducta a seguir, la literatura sobre estos mecanismos recomienda utilizar esa fuente de cumplimiento para dirigir la conducta (POGARSKY, G., y HERMAN, S., «Nudging...», *ob. cit.*). Igualmente, y con respecto al sistema de valores del individuo, también se ha mencionado en distintas ocasiones que el cumplimiento de las normas muchas veces no se va a producir porque haya una amenaza legal que intimide al sujeto infractor, sino porque sus propios valores se lo impiden (SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*; WILLIAM, K. R., y HAWKINS, R., «Perceptual Research...», *ob. cit.*). En este sentido, el juicio moral que los sujetos realizan sobre las conductas también puede ser determinante para el cumplimiento de las normas. Son muchas, en definitiva, las referencias constantes a estas dos fuentes o mecanismos de cumplimiento en la literatura de la disuasión de tal forma que pueden quedar incluidas en el contenido del concepto de disuasión, o también pueden ser analizadas y estudiadas como enfoques o fuentes de cumplimiento separadas, tal y como ha venido haciendo la literatura en materia de cumplimiento normativo.

figura 4, este autor ha diferenciado entre cuatro categorías: el instrumental, el normativo, el situacional y el basado en el hábito y la rutina⁸⁵¹. Como *cumplimiento instrumental* entiende a aquél cuyos mecanismos son esencialmente los incentivos y los desincentivos. Este sería el cumplimiento derivado del enfoque de la disuasión que ha ocupado gran parte de nuestra atención, en el que la amenaza y los costes del delito son desincentivos, y éstos a su vez, funcionan como motores del cumplimiento⁸⁵².

⁸⁵¹ BOTTOMS, A., «Understanding Compliance with Laws and Regulations: A Mechanism-Based Approach», en KRAMBIA-KAPARDIS, M. (ED.), *Financial Compliance. Issues, Concerns and Future Directions*, Palgrave MacMilan, Switzerland, 2019; BOTTOMS, A., «Compliance and Community Sanctions», en BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L., y REX, S. (EDS.), *Community Penalties. Changes and Challenges*, Willan, Cullompton, 2001; BOTTOMS, A., «Morality, Crime, Compliance and Public Policy», en BOTTOMS, A., y TONRY, M. (EDS.), *Ideology, Crime and Criminal Justice: A Symposium in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, Willan, Cullompton, 2002.

⁸⁵² Sobre este tipo de cumplimiento hay que tener en cuenta, según el autor, las siguientes cuatro cuestiones: la primera es que el enfoque de los incentivos y los desincentivos implica que estos últimos tienen que ser considerados siempre desde la perspectiva del sujeto al que se pretende influir; la segunda es que, en la medida en que este tipo de cumplimiento así considerado no pretende la internalización del cumplimiento, sino que el mecanismo que se encuentra detrás es el cálculo de costes y beneficios, una característica inherente es que la norma legal debe ser aplicada de forma constante. En tercer lugar, también hay que tener en cuenta sobre este enfoque, y todo ello acorde con la revisión de la literatura que hemos llevado a cabo, es que este tipo de enfoque puede ser útil para determinados tipos de sujetos que son aquellos que se plantean infringir una norma. No será útil, sin embargo, para aquellos sujetos que no se plantean delinquir por diversas cuestiones entre las que se encuentran las de índole moral. Igualmente hay que tener en cuenta que la investigación en materia de disuasión ha mostrado que los desincentivos inmediatos tienen más efectos que aquellos que se considera que pueden tener lugar en otro momento del futuro (efecto descuento), el mismo modo que también la literatura ha mostrado que la certeza percibida tiene mayores efectos disuasorios que simplemente el aumento de la severidad. Asimismo, también es necesario tener en cuenta que incluso desde la perspectiva del cumplimiento instrumental, ese cumplimiento puede ser de diferente tipo dependiendo del sujeto. Así, mientras que puede haber un sujeto motivado al cumplimiento por la internalización de la norma y la creencia en que es lo que se debe hacer, y también puede haber un sujeto que cumple como mero requisito formal.

Igualmente, dentro del cumplimiento instrumental también tiene en cuenta lo que el autor denomina «cumplimiento creativo». Se refiere con este tipo de cumplimiento a aquel que se lleva a cabo especialmente en el ámbito de la empresa, y es lo que tradicionalmente se ha venido a llamar «ingeniería legal»⁸⁵³. Esto es, un cumplimiento técnico.

El segundo tipo de cumplimiento que diferencia BOTTOMS es el *normativo*. Aquí con normativo no se refiere a las normas positivizadas *strictu sensu*, sino a normas entendidas estas como expectativas de comportamiento⁸⁵⁴. Este tipo de normas, indica el autor, tienen dos funciones: pueden promover o facilitar el cumplimiento o pueden limitarlo. Concretamente explica que:

Si estamos familiarizados con las normas de un determinado grupo o contexto, esto nos permite desenvolvemos más fácilmente en la vida cotidiana de acuerdo con las costumbres y expectativas locales: así, las normas pueden facilitar, permitir y fomentar la acción social. (A la inversa, por supuesto, el desconocimiento de las normas de una cultura diferente puede crear problemas, como descubren rápidamente los occidentales que visitan Japón por primera vez). Pero, además, como las normas regulan la acción y el juicio, actúan como una restricción, empujando a la gente a comportarse de la manera

Finalmente, y, en cuarto lugar, también hay que tener en cuenta que el cumplimiento instrumental puede estar condicionado por el contexto normativo. Aquí se incluirían las posibles sanciones informales y los estudios que muestran que, como anteriormente se ha mencionado, la disponibilidad a declarar todos los ingresos a Hacienda puede aumentar en la medida en que no hacerlo puede desencadenar en una serie de sanciones informales (BOTTOMS, A., «Understanding Compliance...», *ob. cit.*).

⁸⁵³ En palabras de MCBARNET'S: «Legal engineers know that they are not following the intentions or spirit of the law [...] In the mindset that underlies and fosters legal engineering, all the responsibility for control is placed on the regulators» (MCBARNET, D., «Questioning the Legitimacy of Compliance: A Case Study of the Banking Crisis», en CRAWFORD A., y HUCKLESBY, A. (EDS.), *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice*, Routledge, London, 2013, p. 72).

⁸⁵⁴ Así también BAIER, M., «Relations between Social and Legal Norms», en BAIER, M. (Ed.), *Social and Legal Norms. Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*, Ashgate, Surrey, 2013.

que la norma espera. Los individuos no necesariamente seguirán estas expectativas, pero, aunque actúen en claro desafío a la norma, sabrán cuáles son las expectativas sociales, y podemos estar seguros de que muy a menudo la gente actúa de forma congruente con la conducta que la norma prescribe⁸⁵⁵

Dentro de este tipo de cumplimiento, BOTTOMS identifica cuatro mecanismos: la legitimidad, la aceptación de la norma social, el apego normativo, y la respuesta a las señales normativas⁸⁵⁶. Aunque en los siguientes subapartados nos interesaremos un poco más por estos mecanismos, baste con mencionar que por el mecanismo de la legitimidad el autor se refiere esencialmente a la percepción de que la norma es justa, que la pena se distribuye de forma justa y la misma se aplica de una forma procedimentalmente justa⁸⁵⁷. Con la aceptación de la norma social, BOTTOMS se refiere a que si el sujeto tiene previamente la creencia de que la conducta prohibida está mal, es más difícil que acabe incumpléndola⁸⁵⁸. Por apego normativo entiende la influencia que puede tener el contexto normativo o los grupos sociales en los que se inserta el sujeto potencialmente infractor. Por último, por el cumplimiento como respuesta a las señales normativas se refiere a la influencia que pueden tener lo que hemos denominado en el capítulo IV como mecanismos de *nudging*.

El tercer tipo de cumplimiento es el que denomina de tipo *situacional* para referirse a ese tipo de cumplimiento que, siendo diferente del instrumental y del normativo, viene dado por las características situacionales⁸⁵⁹. Dentro de este tipo diferencia a su vez cuatro subtipos: la limitación y la facilitación arquitectónicas, y la limitación y facilitación socio-estructurales. En cuanto a la limitación arquitectónica, el autor diferencia también dependiendo de si esa limitación se aplica a la potencial víctima u objetivo, al potencial infractor o a los posibles medios

⁸⁵⁵ BOTTOMS, A., «Understanding Compliance...», *ob. cit.*, pp. 13-14.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 14 y ss.

⁸⁵⁷ *Ibidem*.

⁸⁵⁸ *Ibidem*.

⁸⁵⁹ *Ibidem*.

comisivos. Aplicados al objetivo serían aquellos mecanismos que dificultan al infractor el acceso al mismo; aplicado al potencial infractor serían aquellos mecanismos que le impiden cometer el delito como sería la prisión, la prohibición de salir del domicilio, la pulsera electrónica de localización, etc. En cuanto a la aplicación a los medios comisivos, quedarían incluidos aquellos mecanismos como la exigencia de controles estrictos para la compraventa de venenos, armas, etc. Por lo que se refiere a la facilitación arquitectónica serían supuestos como el que relatábamos del Lago de Chicago en el apartado sobre el *nudging*, en el que pintando unas rayas en el suelo de la carretera para que crearan un efecto visual de velocidad se conseguía reducir los accidentes de tráfico. En el caso de las limitaciones socio-estructurales como subtipo de cumplimiento situacional se refiere a aquellas formas de cumplimiento que derivan de la sumisión a un poder superior. El autor lo identifica con un cumplimiento «fatalístico» y pone como ejemplo la subordinación más absoluta a la que pueden someterse algunos condenados en prisión al poder del personal de instituciones penitenciarias, aceptando incluso un comportamiento por parte de estos últimos más que discutible, en la medida en que la alternativa puede ser el traslado a módulos donde saben que su vida y su integridad corre un riesgo real. En cambio, los facilitadores socio-estructurales serían mecanismos como el sellado de antecedentes penales. Puesto que con Internet cada vez los antecedentes son de más fácil acceso y ello puede suponer una barrera para, por ejemplo, encontrar trabajo, alquiler, etc., algunas políticas mitigadoras de ello serían aquellas que promueven el sellado de los antecedentes para fomentar el desistimiento⁸⁶⁰.

Por último, el *cumplimiento basado en el hábito o la rutina* es aquel cumplimiento que predomina porque se lleva a cabo prácticamente sin pensarlo. En el caso del cumplimiento por rutina, se trataría de aquellas situaciones en las que se cumplen las normas sin cuestionar si el Derecho debiera o no prescribir tal o cual conducta. Ejemplo de ello sería por ejemplo llevar a los

⁸⁶⁰ *Ibidem*.

niños al colegio o ponernos el cinturón en el coche. El cumplimiento por hábito es aquel en el que no se requiere de una acción positiva para dar cumplimiento a la norma como en los dos casos anteriores (acción de llevar a los niños, acción de ponerse el cinturón o comprobar que todos los que se encuentran en el coche lo llevan). Es más bien el cumplimiento que se debe a una disposición mental o forma habitual de pensar o actuar. Por ejemplo, la mayoría de la ciudadanía ni siquiera se plantea el hecho de cometer delitos como un robo⁸⁶¹.

Dejando a un lado el cumplimiento de tipo situacional y el que se basa en el hábito y la rutina, quizá para futuros trabajos, nos interesa ahora resaltar los mecanismos relativos a lo que BOTTOMS ha identificado como cumplimiento normativo y que incluye el efecto que para la conformidad hacia las normas puede tener la legitimidad tanto en un sentido sustantivo, esto es, la percepción de que la norma es justa, como en un sentido procedimental. Pero también el poder de las normas o contexto sociales para la dirección de la conducta. Nos interesan en concreto estas fuentes de cumplimiento porque, en primer lugar, son las que han estado presentes en la literatura criminológica sobre la disuasión y cuyos elementos han propiciado que la mayoría de los criminólogos adopten un concepto amplio de disuasión en el que se incluyen los efectos que producen las sanciones informales, el contexto moral social, o la moralidad de los sujetos infractores. En segundo lugar, porque son los dos enfoques que la literatura sobre el cumplimiento normativo ha solido tener en cuenta cuando ha analizado los factores asociados con el comportamiento conforme a las normas⁸⁶².

⁸⁶¹ *Ibidem*.

⁸⁶² MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, sobre los modelos de cumplimiento en general; MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*, para el caso de las normas contra la seguridad vial; ROBBINS, B., y KISER, E., «State coercion, moral attitudes, and tax compliance: Evidence from a national factorial survey experiment of income tax evasion», en *Social Science Research*, vol. 91, 2020, para la evasión de impuestos; WINGROVE, T., KORPAS, A., L., WEISZ, V., «Why were millions



of people not obeying the law? Motivational influences on non-compliance with the law in the case of music piracy», en *Psychology, Crime & Law*, vol. 17, núm. 3, 2011, para el caso de la piratería digital; BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un cyberhate? Predictores de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *International e-Journal of Criminal Sciences*, núm. 11, 2017, para el caso de los mensajes ofensivos en Internet, entre muchos otros.

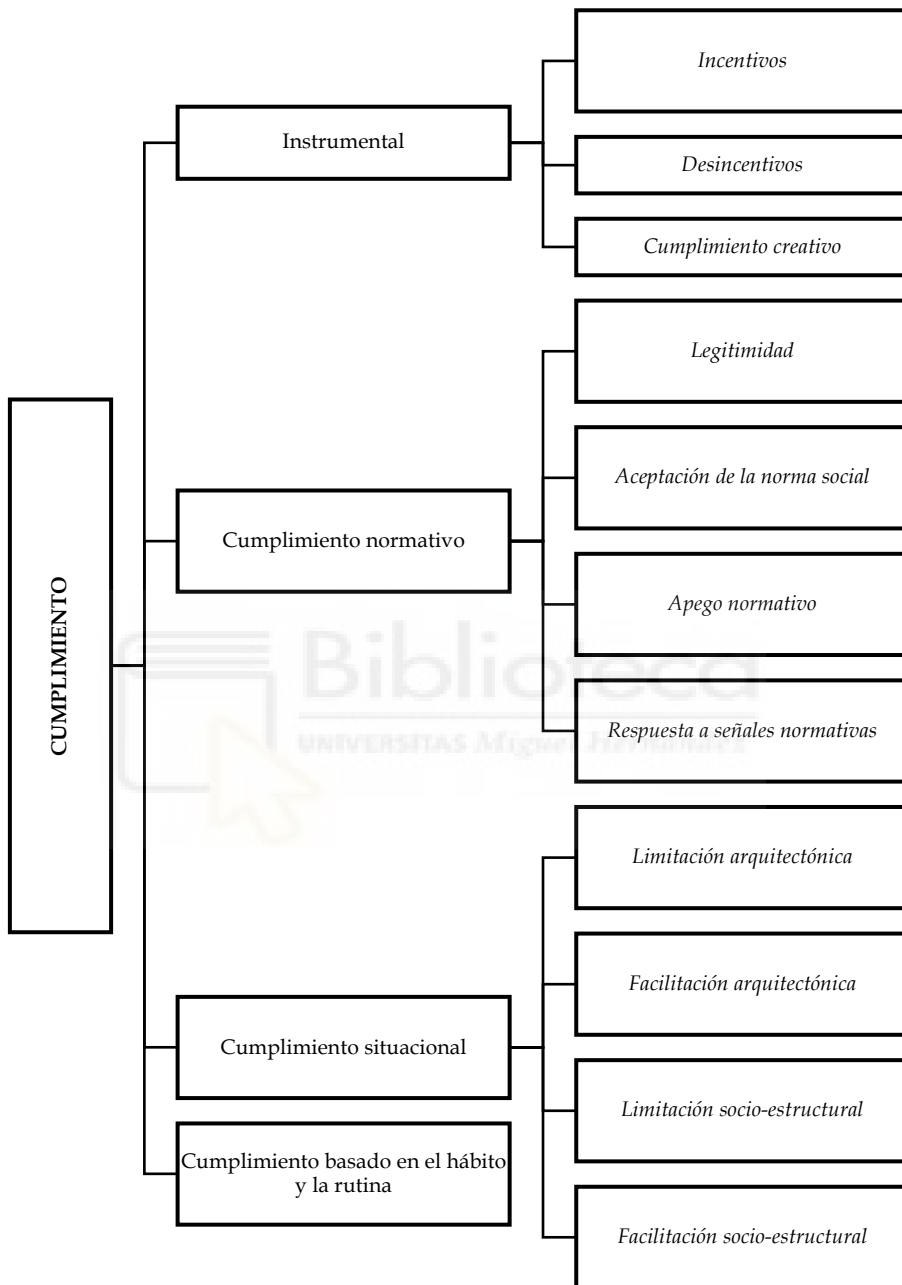


Ilustración 4. Esquema de la clasificación de los tipos de cumplimiento según Bottoms. Fuente: BOTTOMS (2019)⁸⁶³

3.1. LAS NORMAS E INFLUENCIA SOCIALES

Posiblemente si nos preguntaran por qué no cometemos determinadas conductas prohibidas, entre nuestras razones argumentaríamos, quizás, las de índole instrumental, pero también las relativas a nuestro contexto social como, por ejemplo, lo que pudieran pensar de nosotros nuestro grupo de referencia (amigos, compañeros de trabajo, etc.), o también argumentaríamos que nadie de las personas con las que nos relacionamos harían tal cosa. Para nosotros es importante nuestro contexto normativo, es relevante lo que los demás piensen de nosotros y también nos importa comportarnos como las normas sociales⁸⁶⁴ nos indican que todos los demás lo hacen. Como afirma KAHAN

Las personas no deciden cometer delitos de forma aislada, sino que sus decisiones interactúan y se refuerzan entre sí de diversas maneras. En particular, es mucho más probable que los individuos cometan delitos cuando perciben que la actividad delictiva es generalizada. En esas circunstancias, es probable que deduzcan que el riesgo de ser descubiertos por un delito es bajo. También pueden llegar a la conclusión de que el estigma o el coste reputacional de ser un delincuente es relativamente bajo. De hecho, si el comportamiento delictivo es común entre sus compañeros, pueden incluso ver que esa actividad mejora su estatus⁸⁶⁵.

⁸⁶³ BOTTOMS, A., «Understanding Compliance...», *ob. cit.*,

⁸⁶⁴ Entendidas estas en consonancia con CIALDINI y TROST como «reglas y estándares que son entendidos por los miembros de un grupo y que guían o constriñen el comportamiento social, sin necesidad de la fuerza de la ley» (CIALDINI, R., y TROST, M., «Social Influence: Social Norms, Conformity and Compliance», en GILBERT, D., FIKSKE, S., y LINDZEY, G. (EDS.), *The Handbook of Social Psychology*, McGraw-Hill, New York, 1998, p. 152). También, en un sentido similar, pero añadiendo elementos de especificidad, NOLAN las define como «reglas y estándares que son entendidas por los miembros de un grupo, y que guían hacia el comportamiento social moralmente relevante por medio de las sanciones sociales, en lugar de por la vía de la fuerza de las leyes» (NOLAN, J., «Social Norms and Their Enforcement», en HARKINS, S., WILLIAMS, K., y BURGER, J. (EDS.), *The Oxford Handbook of Social Influence*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 148)

⁸⁶⁵ KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*, p. 350

En este sentido, una larga tradición en la investigación en psicología social⁸⁶⁶ da cuenta, por un lado, del poder que tiene la influencia social y, en segundo lugar, los mecanismos a través de los que la misma opera⁸⁶⁷. Como reconocen los autores que más han analizado con especial atención y detalle la cuestión⁸⁶⁸, una aportación de especial interés en este campo la realizaron CIALDINI, RENO y KALGREN en 1990 cuando formularon su Teoría Focal de la conducta⁸⁶⁹, y popularizaron las dos dimensiones asociadas con las normas sociales (la tipicidad y la deseabilidad)⁸⁷⁰, distinguiendo entre la norma descriptiva y la prescriptiva. Antes de describir en qué consiste cada una, resulta interesante la diferenciación a la que NOLAN y WALLEN hacen referencia entre la propia norma social o de conducta y la creencia sobre la norma social, porque muchas veces la intervención de la norma no va a necesitar de una interacción directa para ser persuasiva⁸⁷¹. En este sentido, la norma descriptiva es la que provee al sujeto de la información sobre lo

⁸⁶⁶ DECOENE, S., y BEYENS, K., «Compliance Dynamics: A Multidisciplinary Review and Exploration of Compliance Processes in the Belgian Context», en UGWUDIKE, P., y RAYNOER, P. (EDS.), *What Works in Offender Compliance. International Perspectives and Evidence-Based Practice*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

⁸⁶⁷ CIALDINI, R., *Influencia, la psicología de la persuasión*, Traducción de Jesús De la Torre Olid, Haper Collins, 2022.

⁸⁶⁸ Véase NOLAN, J., M., y WALLEN, K. E., «Social Norms and Persuasion», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

⁸⁶⁹ CIALDINI, R., RENO, R., y KALGREN, C., «A Focus Theory of Normative Conduct: Recycling the Concept of Norms to Reduce Littering in Public Places», en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 58, 1990.

⁸⁷⁰ DEUTSCH, M., y GERARD, H., «A Study of Normative and Informational Social Influences upon individual Judgment», en *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 51, 1995. Ambos autores pueden considerarse los primeros en acuñar y clasificar los dos grandes tipos de normas sociales o de influencia social: una de carácter informacional y otra de carácter normativa.

⁸⁷¹ NOLAN, J., M., y WALLEN, K. E., «Social Norms...», *ob. cit.*, p. 404. En este sentido FARROW, K., GROLEAU, G., y IBAÑEZ, L. «Social Norms and Pro-environmental Behavior: A Review of the Evidence», en *Ecological Economics*, vol. 140, 2017.

que todos hacen, el comportamiento que es típico⁸⁷², y las creencias descriptivas sería lo que el sujeto cree o piensa sobre qué es lo que hace la mayoría de la gente. La norma prescriptiva, en cambio, hace referencia a la norma que prescribe el comportamiento socialmente deseable, y las creencias prescriptivas es lo que el sujeto percibe sobre la aprobación o desaprobación social por la conducta. Así, como describen NOLAN y WALLEN, es más probable que nos veamos persuadidos a actuar de una determinada manera si tenemos las expectativas de que:

- (1) bastante gente se ajusta a la regla de comportamiento (expectativa empírica; típica/descriptiva);
- (2) bastante gente piensa que debes ajustarte a la regla y te sancionará por la no conformidad (expectativa normativa; deseable/prescriptiva);
- (3) prefieres ajustarte a la regla basándote en esas expectativas empíricas y normativas (preferencia condicional)⁸⁷³.

La literatura ha puesto a prueba de forma consistente lo anterior observando que las intervenciones basadas en las normas sociales en diversos ámbitos como el consumo de alcohol⁸⁷⁴, la dieta saludable⁸⁷⁵, las conductas solidarias⁸⁷⁶, el

⁸⁷² En este sentido, como explica CIALDINI, las normas descriptivas nos indican que «si mucha gente está haciendo esto es probablemente sabio realizarlo» (CIALDINI, R., «Descriptive Social Norms as Underappreciated Sources of Social Control», en *Psychometrika*, vol. 72, 2007, p. 1).

⁸⁷³ NOLAN, J., M., y WALLEN, K. E., «Social Norms...», *ob. cit.*, p. 505.

⁸⁷⁴ PRESTWICH, A., KELLAR, I., CONNER, M., LAWTON, R., GARDNER P., y TURGUT, L., «Does Changing Social Influence Engender Changes in Alcohol Intake? A Meta-analysis», en *Journal of Consulting and Criminal Psychology*, vol. 84, 2016.

⁸⁷⁵ ROBINSON, E., THOMAS, J., AVEYARD, P., HIGGS, S., «What Everyone Else Is Eating: A Systematic Review and Meta-analysis of the Effect of Informational Eating Norms on Eating Behavior», en *Journal of the Academy of Nutrition and Dietetics*, vol. 114, 2014.

⁸⁷⁶ JACOB, C., GUÉGUEN, N., y BOULBRY, G., «How Proof of Previous Donations Influences Compliance with a Donation Request: Three Field Experiments», en *International Review on Public and Nonprofit Marketing*, vol. 15, 2018.

pago de impuestos⁸⁷⁷, las conductas contrarias a Derecho⁸⁷⁸, entre muchas otras, son bastante efectivas. Asimismo, es importante que, para que ejerzan una eficacia mayor y no dar lugar a efectos contraproducentes, la norma descriptiva y la prescriptiva deben estar alineadas. En caso contrario, pueden darse conductas indeseadas. Así, por ejemplo, si lo que se comunica constantemente es que la gente está incumpliendo (norma descriptiva) solamente se está reforzando el carácter normativo del comportamiento incumplidor⁸⁷⁹, por lo que al mensaje habría que añadirle la parte prescriptiva en la que se indicara lo que debe hacerse o cuál es el comportamiento socialmente deseado. Asimismo, igualmente interesante resulta el hecho de que con respecto a la norma prescriptiva (la que indica lo que se debe hacer) es más efectiva formulada en términos negativos. En este sentido CIALDINI y colaboradores encontraron que el mensaje «No elimines la madera petrificada del parque» era más efectivo que el mensaje «Deja la madera petrificada en el parque»⁸⁸⁰, algo que se ha atribuido a que cognitivamente le prestamos más atención a las formulaciones negativas ya que leemos la información más atentamente para evitar la desaprobación social⁸⁸¹.

Si bien en el ámbito de la criminología no se ha incorporado el modelo procedente de la psicología social tal y como se ha descrito anteriormente o, al menos, no es habitual encontrar en la literatura criminológica una referencia directa a la literatura sobre las normas sociales que hemos analizado,

⁸⁷⁷ HALPERN, D., *Inside the Nudge Unite: How Small Changes Can Make a Big Difference*, W.H. Allen, London, 2015.

⁸⁷⁸ Véase, por ejemplo, la literatura al respecto en los estudios que se presentan en esta tesis doctoral.

⁸⁷⁹ CIALDINI, R., «Crafting Normative Messages to Protect the Environment», en *Current Directions in Psychological Science*, vol. 12, 2003.

⁸⁸⁰ CIALDINI, R., DEMAIN, L., SAGARIN, B., BARRETT, D., RHOADS, K., y WINTERS, P., «Managing Social Norms for Persuasive Impact», en *Social Influence*, vol. 1, 2006.

⁸⁸¹ BERGQUIST, M., y NILSSON, A., «The Dos and DON'T in Social Norms: A Descriptive Don't-Norm Increases Conformity», en *Journal of Theoretical Social Psychology*, vol. 3, 2019.

tampoco es ajena en absoluto al poder que la influencia social tiene sobre el potencial infractor desde dos perspectivas. La primera, quizá la que más atención ha acaparado de las dos en la literatura criminológica, es la influencia que sobre la conducta del potencial infractor tienen sus pares o su grupo de referencia⁸⁸². La segunda, como se ha analizado en este mismo capítulo, es respecto a la evidencia que indica que las sanciones informales tienen un efecto disuasorio a veces incluso superado por el efecto de las sanciones formales⁸⁸³. Dicho de otro modo, lo que los demás piensen de los potenciales infractores es un elemento clave que éstos tienen en cuenta para decidir si infringir una norma o no⁸⁸⁴. Asimismo, como también se ha visto con respecto al *nudging*, POGARSKY y HERMAN ponían de relieve cómo desde las políticas de prevención se podrían utilizar mecanismos como la saliencia de determinada información basada en los modelos de conducta social para influir en el comportamiento de las personas por medio de, por ejemplo, mensajes en los que se comunicara a los ciudadanos cuál es el modelo de conducta social establecido y querido⁸⁸⁵.

⁸⁸² SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*; En este sentido, como resumen HOEBEN y THOMAS: «La influencia potencial de los compañeros en la delincuencia suele considerarse desde la perspectiva de la influencia normativa o la perspectiva de la oportunidad. Bajo la perspectiva normativa, los pares socializan a los individuos para que internalicen normas, valores y motivos que conducen a la delincuencia y, por lo tanto, moldean el comportamiento en el desarrollo durante un período de tiempo más largo. Esta socialización o transferencia de normas y valores entre compañeros, puede producirse a través del refuerzo directo o del refuerzo vicario, mediante la observación de los comportamientos de los demás y las consecuencias de esos comportamientos. En la perspectiva de la oportunidad, los compañeros pueden afectar al comportamiento inmediato de los individuos haciendo que la delincuencia sea más fácil (por ejemplo, un cómplice competente) y más gratificante para cometerla (por ejemplo, un público agradecido)» (HOEBEN, E. M., y THOMAS, K. J., «Peers and offender decision-making», en *Criminology & Public Policy*, vol. 28, 2019, p. 761).

⁸⁸³ VAN ERP, J., «Shaming and Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

⁸⁸⁴ Véase el apartado sobre la incorporación de las sanciones informales al modelo de la disuasión.

⁸⁸⁵ POGARSKY, G., y HERMAN, S., «Nudging...», *ob. cit.*

Toda vez que lo anterior puede considerarse una evidencia bastante sólida sobre por qué, en determinados momentos, actuamos como lo hacemos, y efectivamente en muchas ocasiones lo hacemos porque respondemos a un modelo de conducta social, desde el ámbito del Derecho penal y la teoría de la pena, autores como MIRÓ LLINARES⁸⁸⁶ o KAHAN⁸⁸⁷, por ejemplo, les han atribuido a las normas penales una función expresiva de dicho modelo de conducta social. Las normas, entonces, vendrían a dar la información a los ciudadanos sobre cuál es modelo de conducta a seguir y qué es lo que la sociedad en su conjunto desaprueba.

3.2. EL SISTEMA DE VALORES Y LA LEGITIMIDAD DE LA NORMA

A la pregunta con la que abríamos el anterior apartado, a la de las razones que daríamos para no cometer un delito, le añadiríamos seguramente una razón fundamental: no lo cometemos porque se trata de una conducta que, en la mayor parte de las ocasiones, entendemos como moralmente inadecuada, mala o injusta. Seguramente diríamos «porque no está bien». Como se ha apuntado en diferentes lugares de la segunda parte de la tesis doctoral, en no pocas ocasiones los individuos no incumplen las normas porque su propio sistema de valores éticos se lo impide⁸⁸⁸, despertando este mecanismo

⁸⁸⁶ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, p. 20: «La norma penal no es sólo una amenaza, sino la expresión del modelo de conducta socialmente adecuado y revestido de legitimidad formal y, usualmente, material. Y al tipificarse una conducta y adscribirse a ella una pena, siempre que eso se haga desde un sistema legítimo y en correspondencia con las intuiciones de justicia generales, se está comunicando a las personas que ese comportamiento es considerado por la sociedad como un modelo de conducta no válido, activándose, así, tanto el mecanismo de la influencia social como el de la legitimidad moral».

⁸⁸⁷ KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*

⁸⁸⁸ PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGASRKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating...», *ob. cit.*

un gran interés desde la psicología social y moral⁸⁸⁹. Y ello en la medida en que, aunque el contenido de las creencias morales puede variar en función del tiempo y del lugar, la creencia de que hay cosas que están «bien» y cosas que están «mal»⁸⁹⁰ está presente en todas las culturas⁸⁹¹, constituyendo las creencias morales de los individuos una auténtica fuente de control social⁸⁹². En este sentido, las personas actuamos con una motivación moral en la medida en que solemos actuar en la dirección de lo que creemos que es bueno o malo para nosotros.

En el caso que nos ocupa, la conducta cumplidora de la mayoría de las personas vendría guiada por lo que VAISEY y MILES denominan «prohibiciones morales» como pueden ser no

⁸⁸⁹ BARTELS, D. M., BAUMAN, C. W., CUSHMAN, F. A., PIZARRO, D. A., y MCGRAU, A. P., «Moral Judgment and Decision-Making», en KEREN, G., Y WU, G. (EDS.), *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Wiley, Chichester, 2015.

⁸⁹⁰ HITLIN, S., y VAISEY, S., «The new sociology of morality», en *Annual Review of Sociology*, vol. 39, núm. 1, 2013. Al respecto, es importante clarificar que sobre esta dimensión se ha diferenciado entre los bienes morales y las prohibiciones morales. En el caso de los bienes morales serían aquellas cuestiones o cosas que las personas persiguen para tener una vida plena, pero en el caso de las prohibiciones morales se trata de violaciones que es necesario evitar. Como explican VAISEY y MILES, aunque ambas categorías se puedan superponer en algunas ocasiones, son analíticamente diferentes. Como ambos autores señalan «los términos clave relacionados con el primer tipo son bueno, malo, digno, indigno, valioso y esencial; los términos clave para el segundo tipo son (in)aceptable, (in)apropiado, bien o mal» (VAISEY, S., y MILES, A., «Tools from moral psychology for measuring personal moral culture», en *Theory and Society*, vol. 43, 2014, p. 312).

⁸⁹¹ SHWEDER, R. A., MAHAPATRA, M., y MILLER, J. G., «Culture and moral development», en KAGAN, J., y LAMB, S. (EDS), *The emergence of morality in young children*, University of Chicago Press, Chicago, 1987.

⁸⁹² Sobre los tipos de juicios morales y el estado del arte en la literatura de la psicología moral a respecto véase en profundidad MALLE, B. F., «Moral Judgments», en *Annual Review of Psychology*, vol. 72, 2021; SCHOPFER, A., y PIQUERO, A. R., «Self-Control, Moral Beliefs, and Criminal Activity», en *Deviant Behavior*, vol. 27, 2006.

hacer sufrir a los demás, no tratar de manera injusta o desigual, no desobedecer a la autoridad, entre otras⁸⁹³.

Esto es, a la hora de decidir si cometer un delito o no, los sujetos también actúan guiados por sus valores morales⁸⁹⁴. Si bien es el ámbito de la psicología y la sociología morales el campo más abonado en lo que se refiere a esta cuestión, que los valores morales y éticos del individuo son un elemento relevante en la prevención del delito tampoco ha pasado inadvertido en la criminología. De hecho, como se ha mencionado al inicio de este capítulo, uno de los elementos o características diferenciadoras que puede tener un efecto en la disuasión es precisamente la inhibición moral⁸⁹⁵. Uno de los mecanismos basados en la moralidad que pueden afectar al cumplimiento de las normas penales en este sentido son, por ejemplo, los imperativos morales. Los imperativos morales serían principios que dirigen la conducta en términos de deber con independencia de la situación dada⁸⁹⁶. En este sentido, la literatura criminológica empírica ha dado cuenta precisamente del efecto moderador que tiene la inhibición moral con respecto a la amenaza legal en el sentido de que aquellos que guían su comportamiento por tales imperativos morales, que ya están

⁸⁹³ VAISEY, S., y MILES, A., «Tools from moral...», *ob. cit.* Véase sobre la Teoría de los Fundamentos Morales y en profundidad GRAHAM, J., HAIDT, J., KOLEVA, S., MOTYL, M., IYER, R., WOJCIK, S. P., y DITTO, P. H., «Chapter Two-Moral Foundations Theory: The Pragmatic Validity of Moral Pluralism», en *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 47, 2013.

⁸⁹⁴ WIKSTRÖM, P-O. H., «Individuals, settings, and acts of crime: situational mechanism and th explanation of crime», en WIKSTRÖM, P-O., H., y SAMPSON, R. J. (EDS.), *The Explanation of Crime. Context, Mechanisms, and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁸⁹⁵ PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGASRKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating...», *ob. cit.*

⁸⁹⁶ Asimismo, estos autores dan cuenta que en la literatura al respecto se ha dividido entre aquella que entiende que los imperativos morales impiden siempre la conducta infractora, y aquellos autores que indican que en realidad los imperativos morales son solo un punto de partida más, pero para que tengan efecto tienen que activarse y darse otro tipo de microfundamentos de la acción social y elementos de la situación (ROBBINS, B., y KISER, E., «State coerción...», *ob. cit.*)

especialmente comprometidos con el cumplimiento⁸⁹⁷, no se van a ver influenciados por la amenaza ni harán ningún cálculo de costes y beneficios en el sentido instrumental^{898/899}.

Uno de los valores morales que se ha analizado ampliamente en la literatura tanto de la psicología social y moral como de la criminología y que se ha integrado como un enfoque más de cumplimiento es el relativo a la legitimidad⁹⁰⁰ experimentada o percibida por parte de los individuos frente a la norma y/o las autoridades que la aplican, y cuyo núcleo es el juicio sobre cómo de justas se perciben las normas y su aplicación. Ambos mecanismos han sido incluidos dentro de lo que se ha denominado el constructo de la «legitimidad»⁹⁰¹, y

⁸⁹⁷ Para POGARSKY serían los conformistas (POGARSKY, G., «Identifying...», *ob. cit.*)

⁸⁹⁸ ETZIONI, A., *The Moral Dimension: Toward a New Economics*, Free Press, New York, 1988.

⁸⁹⁹ PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating...», *ob. cit.*;

⁹⁰⁰ No es infrecuente que en ocasiones se confundan constructos de la moral o de las creencias morales con constructos de legitimidad. La legitimidad percibida sobre la norma, tanto en un sentido sustantivo como procedimental, puede coincidir con los valores morales del individuo. Asimismo, el valor de la justicia es uno que también puede encontrarse en ambos constructos, pero no hay que confundirlos porque cabe diferenciación. Como explica TYLER (TYLER, T. R., «Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation», en *Annual Review of Psychology*, vol. 57, 2006), si bien la legitimidad entendida como los sentimientos de deber o de obligación es un valor del individuo que se asemeja a los valores morales en tanto guías de motivación, la legitimidad es un sentimiento de deber con respecto a las instituciones y acuerdos sociales mientras que los valores morales son más bien normas personales que pueden tener que ver con la norma o no y sobre los que el sujeto trata de ajustarse. Puede pasar que el valor de deber y los valores morales coincidan. Por ejemplo, puede darse el supuesto de que una persona cumpla la norma porque cree que debe obedecerla y también porque la conducta prohibida es una conducta que considera moralmente incorrecta. Pero también puede suceder que una persona perciba como ilegítima una orden o una norma de una autoridad y decida actuar y guiarse por sus propias convicciones morales y desatender dicha norma u orden.

⁹⁰¹ Si bien es una cuestión que no puede ser abordada aquí, lo cierto es que en la literatura hay una pluralidad de conceptos de legitimidad. Así,

dentro de éste podemos diferenciar entre lo que hemos denominado «legitimidad sustantiva» y lo que en la literatura específica se ha denominado «legitimidad procedimental».

Por legitimidad sustantiva entendemos a aquella fuente de cumplimiento basada precisamente en el alineamiento del contenido de la norma con el sentido moral de los individuos⁹⁰². Dos de los autores que conjuntamente más se han centrado en este tipo de legitimidad por su propio valor democrático, pero, sobre todo, preventivo son Paul H. ROBINSON y John M. DARLEY⁹⁰³. Estos dos autores muestran a lo largo de una multitud de estudios empíricos la existencia de una serie de intuiciones de justicia, estas son, juicios espontáneos sobre el castigo que una determinada persona merece por la comisión de un determinado delito, poniendo en relación la culpabilidad con el merecimiento de la sanción⁹⁰⁴. Así, las intuiciones de justicia

por ejemplo, para BEETHAM se trata de «el poder que es reconocido como legítimo (*rightful*) por agentes relevantes, que incluyen a los titulares del poder y su personal, a los que están sujetos por el poder y terceras partes cuyo apoyo o reconocimiento puede ayudar a confirmarlo» (BEETHAM, D., «Revisiting Legitimacy, Twenty Years on», en TANKEBE, J. y LIEBLING, A. (EDS.), *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 19). TYLER, en una revisión sobre el concepto, enumera también unas cuantas definiciones que se han dado desde la psicología como la de FRENCH y RAVEN que entienden que es la influencia social que se deriva de sentimientos como el «deber», «tener que», «o tener derecho a» (FRENCH, J. R. P., y RAVEN, B. H., «The bases of social power», en CARTWRIGHT, D. (ED.), *Studies in Social Power*, Univ. Mich. Inst. Soc. Res, Ann Arbor, 1959). También menciona la de SUCHMAN que entiende la legitimidad como «una percepción generalizada o asunción de que las acciones de una entidad son deseables, adecuadas o apropiadas en un determinado sistema social de normas, valores, creencias y definiciones» (SUCHMAN, M. C., «Managing legitimacy: strategic and institutional approaches», *Acad. Manage. Rev.*, vol. 20, 1995). Véase en profundidad TYLER, T. R., «Psychological...», *ob. cit.*

⁹⁰² MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

⁹⁰³ ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder, 1995; ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, New York, 2013.

⁹⁰⁴ ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., «Intuitions of justice: Implications for criminal law and justice policy», *S. Cal. L. Rev.*, vol. 81, 2007.

son una fuente importante de donde extraer las reglas de distribución de la responsabilidad y el castigo estatal⁹⁰⁵, útiles precisamente por su valor preventivo⁹⁰⁶. Éste último se alcanza en la medida en que al identificar las intuiciones de justicia con las normas penales el sistema de justicia penal y el Derecho penal obtienen la credibilidad moral para hacer justicia, aumentando la deferencia hacia el mismo⁹⁰⁷. Como BILZ y NADLER exponen, mientras que la identificación de las normas con las intuiciones de justicia puede dar como resultado que se entienda o se perciba al Derecho penal como una fuente legítima de orientación moral, el cumplimiento con las normas puede minarse si precisamente se hace lo contrario, esto es, no hay una correspondencia entre la visión comunitaria y el Derecho⁹⁰⁸.

Por otro lado, la legitimidad entendida en un sentido procedimental se refiere a la fuente de cumplimiento que se deriva del hecho de percibir que las normas se aplican de una manera justa y equitativa. El autor más reconocido en este campo es Tom R. TYLER, quien en su obra *Why people obey the law* puso de manifiesto el cumplimiento basado en la legitimidad percibida de la norma y las autoridades que las aplican⁹⁰⁹. En este sentido, se trataría de entender la legitimidad como una propiedad que adquieren las autoridades, las instituciones y las normas penales que hace que la ciudadanía, en concreto, aquella parte que se relaciona con estas instituciones y autoridades en algún momento, las perciban como apropiadas, equitativas y justas⁹¹⁰. Como afirman GARCÍA AÑÓN y colaboradores, en la investigación al respecto se trata de analizar cómo interactúan «los elementos que tienen importancia a la hora de configurar las relaciones entre personas que tienen el poder y las que deben

⁹⁰⁵ ROBINSON, P. H., *Principios...*, *ob. cit.*

⁹⁰⁶ ROBINSON, P. H., «Una tregua...», *ob. cit.*

⁹⁰⁷ ROBINSON, P. H., *Principios...*, *ob. cit.*

⁹⁰⁸ BILZ, K., y NADLER, J., «Law, moral attitudes, and behavioral change», en ZAMIR, E., y TEICHMAN, D. (EDS.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, New York, 2014.

⁹⁰⁹ TYLER, T. R., *Why People Obey...*, *ob. cit.*

⁹¹⁰ TYLER, T. R., «Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law», en *Crime and Justice*, vol. 30, 2003.

respetar las decisiones del mismo»⁹¹¹. Al respecto, la literatura se ha centrado en mostrar cómo las experiencias con el sistema legal y sus agentes, particularmente la experiencia con la policía modula las percepciones sobre la legitimidad de éstas⁹¹². De esta manera, si los que tienen contacto con el sistema de justicia penal entienden que han recibido un trato justo y equitativo desarrollan una deferencia o un sentimiento de obediencia y de cooperación⁹¹³. Con ello, la legitimidad procedimental estaría compuesta por dos dimensiones, cada una de las cuales tiene, a su vez, sus propias variables. La primera sería la evaluación de la equidad en la toma de decisiones. Ésta estaría integrada o se compondría de la percepción sobre la neutralidad, la transparencia y la objetividad de la autoridad que en un momento determinado está aplicando la norma. La segunda sería la evaluación del trato recibido por parte de esa autoridad en la aplicación de esa norma, esto es, la percepción sobre si el mismo es respetuoso y digno⁹¹⁴. Más allá de las investigaciones que efectivamente muestran una relación positiva entre el cumplimiento y el constructo de la legitimidad, más arriba también se ha puesto de manifiesto cómo una falta de equidad procedimental es uno de los componentes que puede dar lugar al efecto desafío de las sanciones penales. En este sentido, tanto la legitimidad sustantiva como la procedimental son dos fuentes de cumplimiento especialmente valiosas en la medida en que producen una socialización legal basada en el consenso y no

⁹¹¹ GARCÍA AÑÓN, J., LLORENTE FERRERES, A., BRADFORD, B., GARCÍA SÁEZ, J. A., y GASCÓN CUENCA, A., *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 75.

⁹¹² TYLER, T., «Procedural justice and policing: A rush to judgment?», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 13, 2017.

⁹¹³ MAZEROLLE, L. G., ANTROBUS, E., BENNETT, S., y TYLER, T. R., «Shaping citizen perceptions of police legitimacy: A randomized field trial of procedural justice», en *Criminology*, vol. 51, 2013; REISIG, M. D., TANKEBE, J., y MESKO, G., «Procedural justice, police legitimacy, and public cooperation with the police among young Slovene adults», en *Varstvoslovje: Journal of Criminal Justice & Security*, vol. 14, 2012; TANKEBE, J., REISIG, M. D., y WANG, X., «A multidimensional model of police legitimacy: A cross-cultural assessment», en *Law and Human Behavior*, vol. 40, 2016.

⁹¹⁴ TYLER, T. R., «Procedural justice...», *ob. cit.*

tanto por medio de la coerción. Siempre será mejor conseguir un cumplimiento voluntario que no uno derivado del uso del poder de castigar que, además, para que produzca sus efectos se requiere de una serie de intervenciones mucho más costosas.

Asimismo, estos enfoques, especialmente el que se refiere a las normas sociales y la legitimidad sustantiva son relevantes tanto desde un punto de vista preventivo, como desde la perspectiva del entendimiento de las normas penales. Así, si con respecto a las normas sociales se indicaba que algunos autores de la doctrina han entendido las normas penales como la positivización de las mismas, también se ha entendido que las normas penales manifiestan las intuiciones de justicia de la ciudadanía y, por tanto, como se ha comentado, pueden ser una guía orientativa de la conducta, adquiriendo tanto la norma como el sistema credibilidad moral⁹¹⁵. Como señala BOTTOMS, los mecanismos instrumentales (disuasión) y los relativos al contexto normativo (legitimidad y normas sociales) interaccionan y se retroalimentan⁹¹⁶. Esta interacción puede ser en dos direcciones: a) lo normativo da lugar a lo instrumental; b) lo instrumental da lugar a lo normativo. Con respecto a la primera opción, afirma BOTTOMS que

[...] una conclusión razonable de la evidencia empírica es que existe una conexión integral entre el cumplimiento normativo y el cumplimiento instrumental, de manera que los incentivos y desincentivos funcionan mejor para las personas o entidades corporativas que tienen fuertes vínculos con un grupo social (por ejemplo, una familia, una comunidad local o compañeros de una comunidad empresarial), en un contexto en el que la reputación es importante para la posición inicial de la persona o entidad corporativa de ese grupo, y los miembros del grupo social tienen claras expectativas normativas relacionadas con el comportamiento al que se dirige la ley o la regulación⁹¹⁷

⁹¹⁵ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

⁹¹⁶ BOTTOMS, A., «Understanding Compliance...», *ob. cit.*,

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 27.

Con respecto a la segunda, a si el mecanismo de los desincentivos puede dar lugar a normas sociales, admite el autor que aunque el conocimiento que se tiene todavía es tentativo, parece ser que también se da. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la conducción influenciada. Si bien antes de determinadas leyes tal conducta no tenía una connotación moral especialmente negativa, a partir de la prohibición y con el tiempo, claramente la ha ido adquiriendo⁹¹⁸.

4. COROLARIO

Como afirman PRATT y colaboradores⁹¹⁹ no se corre demasiado riesgo de caer en un error cuando se afirma que la teoría de la disuasión y la estrategia disuasoria van a seguir formando parte del sistema de justicia penal en general y, a nuestro juicio, del Derecho penal en particular, pero también del imaginario político⁹²⁰ y colectivo. Al fin y al cabo, el sistema de justicia penal tiene en parte como filosofía la disuasión de comportamientos delictivos, ya sea a través de una amenaza legal generalizada, ya sea a través de la experiencia del propio castigo⁹²¹. Esto no significa que la pena no cumpla con otros propósitos, pero a nuestro juicio es difícil desterrar sin más la idea de la prevención general negativa del sistema de justicia penal. Las propias normas penales, sin ir más lejos, difícilmente pueden no ser vistas como una amenaza en su formulación⁹²². Aunque se trate en cierta medida de un escenario contrafáctico, entre los expertos se asume que el sistema de justicia penal disuade en alguna medida porque se entiende que de no haberlo el delito sería mucho más prevalente⁹²³. Cuestión distinta es en qué medida las leyes penales pueden tener ese efecto preventivo-

⁹¹⁸ *Ibidem*.

⁹¹⁹ PRATT, T., *et al.*, «The Empirical Status...», *ob. cit.*

⁹²⁰ KLECK, G., SEVER, B., LI, S., y GERTZ, M., «The missing link...», *ob. cit.*

⁹²¹ PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence...», *ob. cit.*

⁹²² PASCUAL MATELLÁN, L., «Hacia un prevenciónismo...», *ob. cit.*

⁹²³ MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*

general, en qué medida la conminación o el incremento de la severidad de las penas, política penal que por lo demás es la generalmente utilizada, puede «funcionar» o no en términos preventivos, y en qué medida puede justificarse al amparo de argumentos de disuasión incrementos punitivos. Al respecto se ha visto que la respuesta a ello ni debería darse solamente desde un plano normativo, como lo hacían en su día autores como FEUERBACH, probablemente porque no dispusieran ni del conocimiento ni de los instrumentos para acceder al mismo sobre el funcionamiento del castigo, ni tampoco desde un enfoque dicotómico (previene o no; funciona o no). Más bien al contrario, la investigación se ha ido interesando por cada nivel del castigo hasta llegar a conocer diversas cuestiones como, por ejemplo, la necesidad de alterar el riesgo percibido de la sanción o qué procesos pueden verse involucrados en la toma de decisión de cometer un delito. Si bien es cierto que puede dar la sensación de prácticamente un pleno conocimiento de todo lo anterior, lo cierto es que como señalan la mayoría de los expertos en la materia⁹²⁴ sabemos poco sobre cómo funciona realmente la disuasión, de cómo se forman concretamente las percepciones. Los estudios apuntan a una fuerza disuasoria mayor de la certeza que de la severidad⁹²⁵, pero tampoco se ha indagado suficientemente si castigos más severos producen más miedo a la sanción⁹²⁶. Es cierto, como se ha visto, que no pocos estudios arrojan resultados muy modestos para la teoría de la disuasión, sobre todo si se comparan con los resultados de otras explicaciones del delito que pueden dar mejor cuenta sobre por qué determinados sujetos deciden infringir una norma⁹²⁷, y también si se trata de estudios basados en datos agregados, y posiblemente por ello se ha tendido fácilmente a descartar esta teoría o filosofía del castigo. Ese descarte puede deberse o bien a que a la luz de lo que parecen indicar los estudios puede parecer que no merece la pena, si se permite el coloquialismo,

⁹²⁴ Entre ellos PATERNOSTER, R., «How much...»; KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.*, etc.

⁹²⁵ APEL, R., «Sanctions...», *ob. cit.*

⁹²⁶ PICKETT, J. T., «Using Behavioral...», *ob. cit.*

⁹²⁷ PRATT, T., *et al.*, «The Empirical Status...», *ob. cit.*

«seguir sacando de donde no hay», o bien porque detrás del rechazo hay alguna razón de corte ideológico. Esta última razón es más fácil observarla en el debate de la justificación de la pena, donde se trata de superar la prevención general negativa porque es una teoría que conceptualiza la pena en términos, valga la redundancia, negativos. Se dice que la pena debe cumplir una función más «positiva». Además, esta teoría se preocupa poco por las causas del delito, entre otras cuestiones. No obstante, a nuestro juicio, en primer lugar, desde una perspectiva empírica todavía quedan muchas preguntas de investigación por analizar; en segundo lugar, como se ha comentado, aunque diera la sensación de que ya se ha explorado todo lo necesario para llegar a la conclusión de que la disuasión no funciona y, por tanto, debemos pasar a otra estrategia ésta es una falsa sensación; en tercer lugar, porque si al fin y al cabo es una estrategia que difícilmente va a ser desterrada, es imperativo seguir investigando en la materia; y, por último, porque los resultados muestran que la disuasión puede funcionar. Eso sí: no de la forma tan simple como normalmente se formula, sino que depende de muchos condicionantes que se han tratado de ir poniendo de relieve en este y el anterior capítulo. Por otro lado, y, en la medida en que lo que interesa para que el uso del castigo sea acorde con el fin atribuido al Derecho penal es que la pena pueda prevenir, especialmente por medio de su enunciación legal, es necesario analizar todos aquellos mecanismos que están detrás del cumplimiento de las normas. En este sentido, es necesario ir más allá de la disuasión, obligándonos a salir de la zona de confort y explorar los hallazgos de otras ramas como la psicología social y moral que pueden contribuir a la comprensión nnn cómo la norma penal puede prevenir.

Finalmente, aceptar todo lo anterior no significa que no se acepte (más bien al contrario) que, por un lado, la pena puede cumplir otras funciones y, por otro, que la sanción no deja de ser una pieza más del puzle que es la prevención del delito no siendo, pues, ninguna panacea.



PARTE III. INVESTIGACIONES EMPÍRICAS



Nuestra tarea hoy en día puede ser más urgente que la de Beccaria, aunque el trabajo sea muy parecido. La tarea urgente es ésta: descubrir hechos que guíen un uso más selectivo y eficaz de las sanciones penales. Esta tarea incluye descubrir las consecuencias reales de la sanción penal sobre la conducta criminalizada, tanto para los individuos castigados como para toda la sociedad. Esto significa no sólo mostrar cuándo las sanciones penales son eficaces o ineficaces, sino también cuándo son contraproducentes y crean más delincuencia. Además, nuestra tarea incluye descubrir si sancionar penalmente una gama más amplia de delitos marginalmente inmorales debilita la fuerza disuasoria de las leyes que condenan las gamas más estrechas de delitos moralmente más graves. Por último, nuestro reto se extiende a la creación de nuevas formas para que las sociedades frenen el comportamiento desviado, como alternativas al exceso de confianza en el encarcelamiento y la estigmatización de por vida.

Lawrence W. SHERMAN⁹²⁸

⁹²⁸ SHERMAN, L. W., «Criminology and criminalization: Defiance and the science of the criminal sanction», en *International Annals of Criminology*, vol. 31, núm. 1-2, 1993, p. 81.

CAPÍTULO VI. PRELUDIO DE LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS

1. DERECHO PENAL, CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL: NECESIDADES EMPÍRICAS CONVERGENTES

Puede decirse que la relación entre el Derecho penal como disciplina normativa que regula la conducta de las personas, la Criminología como ciencia empírica que emplea el método científico para estudiar el comportamiento delictivo, y la Política criminal como disciplina que se encarga de la política pública dirigida a prevenir el delito, no ha sido especialmente fluida. Por un lado, el Derecho penal ha tendido a desembarazarse de las evidencias empíricas provenientes de las ciencias sociales que podrían impregnar algunas instituciones como la pena. Por su parte, la criminología española ha solido focalizar sus esfuerzos en las teorías macro de la criminalidad, dejando de lado la teoría de la disuasión, y con ello el estudio empírico de la enunciación legal del castigo y los efectos que tradicionalmente se le han atribuido a la enunciación de la pena, y también aquellos otros enfoques de cumplimiento normativo. Tal abandono ha traído como consecuencia que la mayor parte de la investigación en materia de los efectos de la sanción penal provenga del ámbito anglosajón. Y, por su parte, sobre la política criminal cabe destacar dos niveles: por un lado, la política criminal efectivamente llevada a cabo, según la cual, como hemos discutido en los primeros capítulos de este trabajo, ha tendido a no estar informada empíricamente. Por otro, la política criminal en el ámbito académico ha estado dividida entre dos grandes concepciones: una restrictiva, circunscrita al ámbito estrictamente jurídico-penal, una política criminal

principialista⁹²⁹, en la que los estudios sociales sobre la pena y el delito no han solido tener cabida; y, una concepción amplia que ha estado mucho más pendiente de la realidad y se ha servido de los estudios científico-sociales para dar contenido a la misma⁹³⁰.

Al final, la relación entre estas tres áreas ha sido mucho más fría de lo que se ha tendido a explicar tradicionalmente en los manuales de Derecho penal. En este sentido, el engranaje que debería funcionar si estas tres piezas comulgaran en aquellas cuestiones en las que se necesitan unas a otras, no termina por arrancar. La consecuencia quizás más directa de ello es que siguen sin converger estas tres áreas en puntos donde es esencial que lo hagan para que el Derecho penal y sus normas sean más racionales y útiles. Una de estas áreas es, sin duda, la pena. Y, en concreto, la parte preventivo-general de la pena.

Así, con respecto a los mecanismos que están detrás del cumplimiento de las normas, restan muchas preguntas por responder. En el ámbito de la disuasión general, como se ha ido señalando en los anteriores capítulos, todavía se requiere de mucha más investigación en la materia. Pero no solo nos interesan las preguntas derivadas de la disuasión desde una perspectiva criminológica. Más bien, y bajo la óptica desde la que se ha abordado este trabajo, nos interesan y nos parecen más urgentes aquellas preguntas de investigación que están más relacionadas con los elementos del Derecho penal y la conminación de la pena como, por ejemplo, qué efecto tienen los aumentos modestos de la severidad en el cumplimiento de las normas; en la medida en que la certeza es necesaria, cómo cabe combinar la certeza y la severidad para darle indicaciones al legislador sobre la política pública en cuanto a la criminalización y uso del castigo se refiere; qué otros mecanismos están detrás del cumplimiento de las normas; qué elementos hacen que estas

⁹²⁹ SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal: Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁹³⁰ Díez Ripollés, J. L., *Política Criminal...*, ob. cit.

sean cumplidas más allá de la intimidación legal; qué elementos hacen que la sanción penal no solo no prevenga sino que además genere incumplimiento, qué consecuencias adversas puede tener la criminalización de conductas, etc. Todas estas preguntas, sin embargo, tanto en su formulación como en su contestación exigen que las tres ruedas del engranaje funcionen correctamente, sin excepción. En este sentido, desde el Derecho penal pueden formularse las preguntas de investigación que resultan de interés para sus objetivos; la criminología puede poner su método e instrumentos para tratar de responder tales preguntas; y, la política criminal puede nutrirse de tal conocimiento para tomar las decisiones oportunas. En lo que sigue, se expondrá, por un lado, el hilo conductor de los estudios empíricos (NEXO); por otro, las principales preguntas de investigación que se han abordado en la parte empírica de este trabajo. Asimismo, también se detallará cómo se ha tratado de dar respuesta a las mismas por medio de los diferentes estudios empíricos, y también se ofrecerá un resumen general de los materiales y métodos empleados.

2. NEXO COMO PRINCIPIO VERTEBRADOR DE LA INVESTIGACIÓN

Si bien en la primera parte de esta tesis doctoral hemos sentado las bases o presupuestos de los que partíamos, o si se prefiere, el *leitmotiv* detrás de la forma de abordar la cuestión de los efectos preventivos de la pena y que difiere del clásico abordaje dogmático o doctrinal, y del mismo modo nos hemos ocupado de llevar a cabo una revisión de la literatura en materia de los efectos de las sanciones penales con especial atención al disuasorio, es en esta segunda parte donde se exponen los seis estudios empíricos que conforman esta tesis doctoral. Estas seis contribuciones tratan de poner a prueba distintas cuestiones que son de interés tanto para los estudiosos del Derecho penal que defienden la función preventiva de la pena, como también lo son para la literatura criminológica, escasa en nuestro panorama

científico nacional en comparación con el gran cuerpo de evidencias procedentes sobre todo del ámbito anglosajón⁹³¹. En este sentido, el resultado de este trabajo de investigación es, a nuestro juicio, útil tanto para la academia jurídico-penal como para la comunidad criminológica española, del mismo modo que tiene una vocación de servir a la política criminal. Y es que esta es la vocación última de este trabajo que se inserta precisamente en el marco del proyecto nacional «NEXO: Criminología, evidencias empíricas y Política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas» (Referencia: DER2917-86204-R).

Este proyecto tenía como objetivo general abordar las posibilidades y límites de la incorporación de evidencias científicas a la política legislativa penal, especialmente por lo que se refiere a la criminalización de conductas y el aumento del punitivismo del ordenamiento penal. Partía de la constatación de que la política criminal de las últimas décadas se ha ganado el calificativo de punitiva e incluso de irracional en la medida en que el legislador ha ido modificando las leyes penales, generalmente para incrementar las penas o aumentar los ámbitos de criminalización. Este tipo de política criminal, como es lógico, ha sido y sigue siendo criticada por la dogmática y la

⁹³¹ Prueba de ello es que en cualquier manual español que haga referencia a esta literatura, a la relativa a los efectos preventivo-generales de la sanción, los autores siempre se refieren a las evidencias procedentes del ámbito de habla inglesa generalmente, por la escasez en nuestra literatura. Baste como ejemplos el manual de SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, y el de MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.* En nuestra opinión, esta falta de «interés», por decirlo de algún modo, de la literatura criminológica española en materia de la función preventiva o efecto disuasorio de las penas no es porque la cuestión no sea relevante sino porque en la medida en que, precisamente, la vasta literatura anglosajona ha mostrado de manera consistente que la disuasión en su versión más clásica y económica tiene serias dificultades para explicar el comportamiento delictivo, del mismo modo que se ha reportado constantemente que el efecto preventivo es modesto, por lo que posiblemente por ello las líneas de investigación preferentes han sido otras.

doctrina, dedicadas precisamente a elaborar límites a la intervención penal para que la misma se mantenga dentro de los márgenes de lo racionalmente tolerable teniendo como hoja de ruta una serie de principios y garantías que beben directamente de lo que se ha venido a denominar Derecho penal de corte liberal. Pero también partía de la constatación de que muchas de las modificaciones de las leyes penales que van en dicha dirección se argumentan sobre la base de asunciones y presupuestos fácticos que, sin embargo, ni se comprueban ni se evalúan: se asumen como ciertos⁹³², como es que el aumento de la severidad de las sanciones va a implicar un mayor cumplimiento. No obstante, la intervención penal basada en la evidencia brilla por su ausencia⁹³³.

La dogmática y la doctrina penal, salvo excepciones⁹³⁴, tampoco ha incorporado, al menos no de forma sistemática y como crítica principal, las críticas que pueden hacerse a la

⁹³² TAMARIT SUMALLA, J. M., «Política criminal...», *ob. cit.*, BENITO, D., *Evidencia empírica...*, *ob. cit.*

⁹³³ GARCÍA SAN PEDRO, J., y SERRANO MAÍLLO, A., «Prólogo», en FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., «La medición del delito en la seguridad pública», Dykinson, Madrid, 2008. Asimismo, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ lleva a cabo un análisis de las diferentes reformas del Código Penal llegando a las siguientes conclusiones entre otras: «La primera podría ser que los distintos legisladores han argumentado utilizar bastantes pruebas, pero sólo en el sentido de conocimientos extraídos de la observación de la realidad, en muchos casos sin el más mínimo contraste. En cualquier caso, lo que está igualmente claro es que los casos en los que dichas pruebas podrían considerarse auténticas pruebas empíricas, o al menos intentos de que lo sean, son absolutamente excepcionales y muy escasos» (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «The use of "empirical evidence"? In the Spanish Criminal Legislative Process from 1992-1995 to the present», en *Spanish Journal of Legislative Studies*, núm. 2, 2020, p. 26)

⁹³⁴ Excepciones a cargo principalmente de profesores y académicos que no solamente han dedicado su estudio a cuestiones de Derecho penal sustantivo y a la filosofía del Derecho penal, especialmente, todo lo que tiene que ver con la teoría del delito, sino que en sus obras también tiene un gran protagonismo el estudio y abordaje de la política criminal y la criminología, dos áreas que precisamente no pueden entenderse sin la referencia a la realidad y a las evidencias empíricas.

intervención punitiva desde las evidencias que proporcionan las ciencias empíricas preocupadas por saber qué efectos tiene el castigo sobre la conducta. Las críticas más bien suelen ser principalmente desde los límites y garantías del Derecho penal, pero obviando una crítica que heriría de muerte, por decirlo de algún modo, la propia justificación legislativa basada en el efecto disuasorio de la misma⁹³⁵.

No resulta descabellado afirmar, pues, que todavía hoy existe una brecha entre lo normativo y lo empírico en Derecho penal y la política criminal⁹³⁶ que, además, se da en dos ámbitos:

⁹³⁵ No es que las críticas al legislador y a la intervención penal desde los principios y garantías del Derecho penal liberal no sean importantes o sean de un segundo orden en comparación con aquellas críticas basadas en la evidencia empírica. Esto lo hemos argumentado anteriormente. Pero es importante tener en cuenta en todo momento que el Derecho penal y la política criminal tienen efectos en la realidad y que muchos de estos principios y garantías que utilizan los estudiosos de Derecho penal para compararlos con cómo se aplican en la realidad y así hacer la «resta matemática» en que consiste la crítica son de un rigor propio del Derecho penal correcto o ideal. Sin duda es necesario tratar de cohonestar ese ideal con la realidad, pero asumiendo también los propios límites de ese Derecho penal o política criminal ideales. En este sentido, estos principios y garantías son, valga la redundancia, una garantía de un Derecho penal draconiano o tiránico, pero también es necesario tener en cuenta que nuestro Derecho penal se inserta dentro de un ordenamiento jurídico constitucional, de un Estado social y democrático de Derecho, y que además comulga con una serie de principios y valores democráticos europeos. Esto es, incluso la intervención penal más draconiana estará dentro de unos valores tolerables y que, aunque sería deseable acercarnos lo máximo posible al ideal del Derecho penal correcto, la crítica empírica al legislador puede ser, en cambio, inapelable. Si se justifica una intervención penal sobre la base de su capacidad preventiva o disuasoria pero la evidencia muestra que no, la justificación instrumental queda totalmente vacía.

⁹³⁶ Así, en la medida en que en nuestro ámbito los juristas nos encargamos todo el tiempo de realizar juicios normativos sobre cuestiones como, por ejemplo, la cadena perpetua, la pena de muerte, el bienestar o interés superior de un menor, etc., tal y como expone LEEUW «La brecha entre la evidencia empírica robusta sobre -por ejemplo- el efecto disuasorio de la pena de muerte o las consecuencias para el bienestar de los niños, cuando son

tanto en el de la doctrina penal que no termina de incorporar las evidencias acumuladas sobre las premisas consecuencialistas de las que parten⁹³⁷, como en el ámbito de la política criminal dirigida por el legislador⁹³⁸. Por ello, el objetivo del proyecto NEXO era precisamente el de tender puentes entre ambos ámbitos que son complementarios, ponerlos en conexión y en comunicación⁹³⁹, para proporcionar la información necesaria en la toma de decisión en materia de criminalización de conductas y el incremento de las penas⁹⁴⁰. Y ello se pretendía realizar por

desheredados, por un lado, y la argumentación jurídico-normativa para estar a favor o en contra de la pena de muerte o la desheredación, es grave» (LEEuw, F. L., «Empirical Legal Research...», *ob. cit.*, p. 22).

⁹³⁷ Especialmente crítico con ello ha sido MIRÓ LLINARES en sus últimas publicaciones. Especialmente véase MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «Cientismo, dogmatismo y Derecho penal...», *ob. cit.*, y de una forma menos incisiva en MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la evaluación...», *ob. cit.*

⁹³⁸ Como hemos indicado en otro lugar, no porque el legislador no parta de la realidad, que sí lo hace, sino porque «desconoce la realidad de la que parte, o simplemente no tiene un conocimiento científico sobre ella, pese a su relevancia a la hora de definir tanto la racionalidad ética de las leyes, como la racionalidad pragmática o de correspondencia entre los fines y los medios usados, que tuviera un conocimiento adecuado de los elementos fácticos de referencia» (MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (DIRS.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021).

⁹³⁹ Puente que es necesario tender para una mejor política criminal y un mejor Derecho, más acorde con la realidad y más efectivo y eficaz (LEEuw, F. L., «Empirical legal Research...», *ob. cit.*; J.K. Robbenolt, «Evaluating Empirical...», *ob. cit.*).

⁹⁴⁰ Si bien también hay otros ejemplos que han tenido propósitos similares como es el caso de la Red de Excelencia EMPIRIC (IP: Elena LARRAURI), que tenía como finalidad aunar esfuerzos y conocimientos desde distintos grupos de investigación españoles con el objetivo último de contribuir a mejorar la política criminal. Y ello porque tal y como señalan, tal necesidad surge ante «la constatación de que España carece en la actualidad de un organismo asesor científico en materia de prevención de la delincuencia y de justicia penal que ayude al gobierno a formular, desde una perspectiva criminológica y empírica, sus políticas públicas. Organismos que existen en el contexto comparado como en el caso de Estados Unidos o

medio de la revisión y la contrastación de los presupuestos empíricos que están a la base de la toma de decisiones en política criminal. Tal es así que una de las dos hipótesis generales del proyecto era concretamente la siguiente:

De acuerdo con lo anterior, el objetivo principal de esta línea de investigación es el de revisar y contrastar los presupuestos empíricos de la criminalización de conductas e incrementos punitivos de la misma. Concretamente, por medio del análisis de los factores que inciden en el cumplimiento de las normas, discutiendo y poniendo a prueba la hipótesis principal de que el incremento de la sanción penal disuade por sí misma del incumplimiento de las normas penales. De esta forma, como se explicará a continuación, en los seis estudios que se presentan en esta tesis doctoral se busca precisamente cumplir con este objetivo, poniendo a prueba los principales modelos y enfoques explicativos del cumplimiento normativo, tanto el modelo o enfoque de la disuasión general, como otros enfoques de cumplimiento procedentes de otros ámbitos de conocimiento como la psicología social. En este sentido, la parte empírica de la tesis se ha dividido en tres partes correspondientes a los *Capítulos VII, VIII, y IX*, en los que se muestra un avance en la línea de investigación de forma progresiva.

Una primera parte (*Capítulo VII*) está integrada por dos estudios que tienen como objetivo principal analizar los factores asociados al cumplimiento de las normas de propiedad intelectual. Entre estos factores están, por supuesto, las variables de la disuasión, y se discute el peso de éstas en el comportamiento normativo. Tal y como se analizará con más detalle en ambos estudios, la ley de propiedad intelectual, al igual que el Código Penal, ha sufrido multitud de modificaciones para adaptarse a las nuevas conductas que infringen los derechos de autor en el ciberespacio, y también

Suecia». Puede consultarse esta Red y su actividad en: <https://www.upf.edu/web/empiric>. Del mismo modo, tampoco se puede obviar el trabajo al respecto del Grupo de Estudios de Política Criminal.

para aumentar la severidad de la respuesta frente a las mismas. En tales modificaciones parece, como se argumentará, que está detrás la estrategia disuasoria, intuición que no es difícil de tener si tenemos en cuenta que muchas de estas modificaciones y endurecimientos son solicitadas por los grupos de presión que también realizan esa asociación entre una mayor severidad y una reducción de la prevalencia en las infracciones. Pues bien, mientras que en el primer estudio (Estudio 1) se analizan todos esos factores y se discute el peso de las variables de la disuasión, el segundo (Estudio 2) pretende superar algunas limitaciones metodológicas como las relativas a la muestra del primero, ya que en este segundo estudio es representativa de la población española y, si bien en ambos se analizan los factores asociados al cumplimiento a través de la puesta a prueba de distintos modelos explicativos (principalmente la disuasión, la influencia social y la legitimidad), este segundo estudio se hace una pregunta de investigación que en la literatura sobre el cumplimiento normativo en nuestro ámbito criminológico y penal no se había realizado con anterioridad. Esta es la relativa a la cuestión de género y si éste afecta a los distintos enfoques explicativos del cumplimiento. Asimismo, teniendo en cuenta que se trata de conductas que se llevan a cabo en un ámbito de perpetración distinto al del espacio físico también se tienen en cuenta otras variables y teorías criminológicas que en el Estudio 1 no se habían tenido en cuenta. En este sentido, podemos decir que tanto el Estudio 1 es novedoso por cuanto es el primero que se lleva a cabo de estas características en el ámbito de la piratería digital en España⁹⁴¹, y el segundo lo es también por la misma

⁹⁴¹ Así, RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión y piratería», en *Indret*, núm. 3, 2019, p. 8: «Finalmente, es imprescindible atender al reciente estudio de Gómez Bellvís por tres razones: en primer lugar, por ser el primer estudio específico que se aborda en España sobre la materia; en segundo lugar, por lo reciente de su aparición, lo que nos permite obtener un conocimiento actualizado sobre el fenómeno de la disuasión aplicado a las infracciones de derechos de autor. Finalmente, por la muestra que utiliza, una de las pocas que no se limita a estudiantes universitarios».

razón en el sentido de abordar el cumplimiento normativo teniendo en cuenta la cuestión del género⁹⁴².

La segunda parte (*Capítulo VIII*) también está formada por dos estudios que tratan de analizar la cuestión del cumplimiento normativo y el papel de la disuasión o del mensaje comunicativo basado en la amenaza de la imposición de una sanción en dos contextos que se pueden considerar complejos, así como de una actualidad tan inmediata que ponen de manifiesto por sí mismos la importancia de la evaluación de las normas y el estudio del comportamiento de las personas y su interacción con el mensaje comunicativo jurídico penal. Asimismo, se introducen nuevos elementos con respecto a los dos anteriores estudios que suponen un avance en la línea de investigación. En el Estudio 3 se aborda la cuestión relativa al cumplimiento de las normas de «comportamiento» en las redes sociales (*community standards*) que en su mayoría tienen capacidad para coincidir con las conductas de expresión prohibidas en nuestro Código Penal. En este estudio se discute también el peso que tienen las variables de la disuasión en tal cumplimiento. El mismo es relevante por diversas cuestiones. Cabe decir que es el primer estudio en España que trata de analizar empíricamente una cuestión que se había venido tratando mayormente como una cuestión puramente normativa, a pesar de que en la discusión y la problemática de los delitos de expresión hay multitud de asunciones fácticas que requieren de su comprobación empírica para un mejor abordaje. Así, es innegable el protagonismo que los delitos de expresión han ganado en la última década como consecuencia, por un lado, de la popularización de las redes sociales y, por otro, de la

⁹⁴² Cabe destacar que, por ejemplo, en el primer *Handbook* de cumplimiento normativo que ha visto la luz recientemente, en un volumen de más de 800 páginas y donde abordan la cuestión y los diferentes elementos y teorías del cumplimiento normativo, no hay una contribución acerca de la cuestión de género. Por ello, a nuestro juicio, esta investigación resultaba necesaria y supone un aporte innovador (VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021).

judicialización de numerosas expresiones que, seguramente, antes de las redes sociales hubieran pasado totalmente desapercibidas. La dirección de la discusión dogmática y doctrinal en torno a los delitos de expresión, en realidad, no ha cambiado mucho. Esta siempre se ha mostrado crítica con la injerencia del *ius puniendi* en un derecho fundamental tan basilar como es la libertad de expresión, especialmente, porque este tipo de delitos da lugar a la criminalización tanto de ciertos discursos ideológicos como de expresiones «meramente» ofensivas. Pero más allá de las críticas normativas, también es habitual que en el debate surjan argumentos consecuencialistas en contra de esta intervención punitiva (a la que se ha añadido, como se verá, la intervención de empresas privadas sobre el debate público). Por un lado, se entiende que estas criminalizaciones y aumentos punitivos disuadirán de determinados discursos que también son necesarios en el mercado de las ideas que requiere la pluralidad en una democracia. Una vez más, se asume la disuasión pese a que puede ser comprobada empíricamente pero igualmente se sigue dando por sentada por los decisores políticos y el legislador que criminalizan nuevas expresiones bajo tales presupuestos, como por la doctrina que les concede a tales criminalizaciones dicho efecto preventivo. Por otro, sobre la base del mismo argumento disuasorio se predice otro efecto derivado del anterior: un efecto autocensura o en su término inglés, *chilling effect*. Así, en la doctrina penal (y también entre aquellos grupos políticos o parlamentarios contrarios al que propone la criminalización de determinados discursos) no solamente arguye argumentos ético-normativos contra los delitos de expresión, sino que también hace descansar la crítica sobre este efecto que no dejaría de ser un efecto perverso de la estrategia disuasoria. Sin embargo, hasta ahora no había una referencia empírica a este fenómeno. En este sentido, este artículo no solo explora empíricamente un debate tradicionalmente normativo, analiza la premisa disuasoria para discutir con aquellos que la asumen, y supone una primera aproximación empírica a la cuestión, sino que también trata de comprobar un argumento consecuencialista especialmente

asumido en la doctrina, y ello con el objetivo de aproximarnos al alcance real de tal fenómeno y también determinar si la intervención normativa está detrás de él. En este sentido, si bien el estudio, como se argumentará, cuenta con limitaciones, supone abrir la puerta a que el debate normativo se enriquezca con argumentos empíricos, siendo éste, un objetivo general asumido en NEXO y en esta tesis doctoral⁹⁴³. El estudio 4 es, si cabe, más actual que el anterior puesto que en él se analizan los factores asociados al cumplimiento del primer estado de alarma que trae su causa en los primeros meses de la pandemia ocasionada por el SARS-COV-2. Tal y como se pondrá de manifiesto en el correspondiente estudio, los primeros meses de la pandemia (en realidad, hasta que aparecieron las vacunas) pusieron de manifiesto lo relevante que es el conocimiento sobre el comportamiento de las personas hacia las normas puesto que, en una situación de crisis de tal magnitud, no sería exagerado afirmar que la vida dependía de un comportamiento conforme a las normas. Efectivamente, fue en un momento tan crítico donde se reveló lo esencial que son las normas y su

⁹⁴³ De hecho, estos resultados han sido introducidos de forma efectiva en el debate más jurídico sobre los delitos de expresión, enriqueciendo la discusión en este sentido. Así, por ejemplo, este estudio ha sido tenido en cuenta en los siguientes artículos jurídicos: PRESNO LINERA, M. A., «La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61, 2020; ROLLNERT LIERN, G., «Redes sociales y discurso del odio», en *IDP: Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020; ROLLNERT LIERN, G., «El enaltecimiento del terrorismo», en *Revista de Derecho Político*, núm. 109, 2020; CORRECHER MIRA, J., «Discurso del odio y minorías», en *Teoría y Derecho*, núm. 28, 2020; CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», en *Indret*, núm. 2, 2021; VALERIO, L. M., y MAYAGOITIA, A., «Influencers y mensajes de odio: jóvenes y consumo de contenidos autocensurados», en *Prisma Social: Revista de investigación social*, núm. 34, 2021; MIRÓ-LLINARES, F., y AGUERRI, J. C., «Misinformation about fake news: A systematic review of empirical studies on the phenomenon and its status as a 'threat'», en *European Journal of Criminology*, 2021; Vila Viñas, D., y Aguerri, J. C., «Medios de comunicación, redes sociales, actores políticos y delitos que se cometen en internet. Efectividad del control penal a propósito del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas en España», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 37, 2022.

cumplimiento y, en consecuencia, la importancia del conocimiento empírico de cómo los diferentes enfoques procedentes del Derecho penal y de la psicología social pueden contribuir sobremedida a mitigar una situación tan dramática como la vivida. En este sentido, el gobierno una vez más tuvo que descansar en las normas y en la expectativa de que la ciudadanía las cumpliera y, para aquellos que no lo hicieran, la estrategia estaba clara: infracciones administrativas y delito de desobediencia en los casos más graves. De nuevo, pusimos a prueba esta hipótesis y también la de otros modelos de cumplimiento para poder explicar los factores asociados al mismo y que eran más relevantes. Además, en este estudio y dadas las características tan concretas del ámbito normativo y del contexto real, se introdujeron otras variables de otros modelos explicativos que no se habían tenido en cuenta en los anteriores estudios como es el enfoque de la justicia procedimental, dada la relevancia del papel de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en aquel momento.

La tercera parte (*Capítulo IX*) está integrada, al igual que los dos anteriores capítulos, por dos estudios y supone con respecto a los anteriores un avance claro en la línea de investigación en los siguientes términos. El estudio 5 es un estudio experimental sobre las variables de la disuasión en el ámbito de la piratería digital. El avance con respecto al resto de estudios se produce por cuanto en esta ocasión, en lugar de emplear un diseño transversal, se empleó un diseño experimental que permitiera analizar concretamente cómo respondían los sujetos del estudio a variaciones en la certeza y la severidad de la sanción. En los anteriores estudios sobre el cumplimiento de las normas en los diferentes ámbitos normativos analizados se estudiaba la influencia de las variables de la disuasión en la decisión del sujeto de cumplir con las normas, pero no cómo podían estas influir si las mismas se modificaban. En realidad, estábamos comprobando si la estrategia disuasoria tenía efectos preventivo-generales de forma ecológica, por decirlo de algún modo. En todos los estudios anteriores se ha comprobado que la

estrategia disuasoria, así analizada, no tiene un papel especialmente relevante salvo particularidades que se verán y se discutirán en cada uno de los estudios. Dicho de otro modo: los estudios transversales sobre el cumplimiento de las normas anteriores abordaban desde una perspectiva empírica la cuestión sobre si la percepción de la certeza y la severidad de la sanción estaba relacionada con el comportamiento normativo o incumplidor, pero no proporcionan información sobre la posible política criminal o legislativa. Esto es, no proporcionan información sobre si modificando las leyes aumentando la severidad o poniendo a disposición más recursos para aumentar la certeza, el comportamiento de las personas se vería modificado. Siendo ello así y, teniendo en cuenta ambas posibles estrategias del legislador u otros operadores, se diseñó un estudio factorial de 3x4 en el que se podían observar cambios en las intenciones de descargar ilegalmente contenido audiovisual dependiendo de los grados de certeza y severidad de que se trataba. Por último, el Estudio 6 analiza una de las últimas cuestiones en materia de los efectos de la sanción que se han estudiado en el *Capítulo V*. Como se ha detallado en ese capítulo, la literatura sobre los efectos de la sanción centrada únicamente en el efecto preventivo-general no queda completa si no se tiene en cuenta que la sanción puede generar un efecto contrario o ningún efecto en absoluto. En este sentido, asumiendo la tarea reclamada por SHERMAN en la cita con la que abrimos la tercera parte de esta tesis doctoral, no solamente nos hemos ocupado de analizar los efectos preventivos, sino que también se han estudiado los posibles efectos perversos o criminógenos de la propia sanción penal. No es que los efectos perversos de la estrategia disuasoria sean desconocidos en la doctrina penal. En cualquier manual de Derecho penal se puede encontrar la referencia a las consecuencias normativas negativas e indeseables de la teoría de la prevención general negativa. Entre ellas destaca la del terror penal y la incongruencia de castigar con más pena delitos poco graves, pero con una gran prevalencia y, asimismo, castigar delitos muy graves con «poca pena» por su menor prevalencia. Asimismo, también se suele

hacer referencia a la necesidad de mantener una coherencia en la distribución del castigo con respecto a la gravedad del delito y, especialmente, cuando se está tratando la cuestión de la disuasión marginal. Esto es, los efectos negativos que puede tener castigar con menos pena la modalidad del delito más grave, de tal forma que sea rentable al infractor la comisión del mismo. Sin embargo, las inconsistencias normativas señaladas no suelen tomar como base la información empírica y, en este sentido, el Estudio 6 ha tratado de poner a prueba una de las teorías sobre los efectos de la sanción como es la teoría del desafío. Aprovechando el conflicto con respecto a la judicialización de los delitos de expresión y que han ganado una gran cobertura mediática, provocando así una determinada respuesta social en contra de la criminalización de determinados discursos, el último estudio analiza si el empleo desproporcionado de la estrategia disuasoria tiene efectos nocivos y contrarios a lo querido y pretendido por la norma.

3. PREGUNTAS GENERALES DE INVESTIGACIÓN

Si bien se han ido dejando ver a lo largo de este y los anteriores capítulos, las preguntas generales de investigación que han dado lugar a los diferentes estudios que componen este trabajo son las siguientes:

P1. *¿Tienen las normas efectos disuasorios-generales?*

En los *Capítulos I y II* de este trabajo hemos analizado, si bien no con toda la profundidad que merece la cuestión por su complejidad, que al Derecho penal se le imputa una función directiva de la conducta, esto es, se le da un peso importante a la razón instrumental del mismo. Si eso es así, ¿de qué modo dirige la conducta humana? ¿cómo motiva a la ciudadanía a cumplir con las normas penales y, en consecuencia, previene el delito? Entre las teorías preventivas destaca por antonomasia la teoría de la prevención general negativa o la teoría de la

disuasión. La predicción es clara: las personas cumplirán con las normas por miedo a la sanción y tal miedo dependerá de la severidad de la pena y de la certeza de la misma. Esta asunción sería la que está detrás de algunos de los incrementos punitivos. Para responder a esta pregunta de investigación se ha llevado a cabo una revisión de la literatura en materia de efectos de la sanción (*Capítulos III, IV y V*) y, asimismo, los estudios 1, 2, 3 y 4 fueron diseñados para analizar en qué medida las variables de la disuasión formaban parte de la decisión de cumplir con las normas.



P2. *¿Modificaciones concretas de las variables de la sanción producen variaciones en la conducta de las personas?*

Como se ha señalado anteriormente, una cuestión es preguntarse por los elementos o variables que tiene en cuenta el sujeto de forma individual a la hora de realizar una infracción y otra pregunta distinta es, sin embargo, la relativa a los cambios legislativos y sería la que, por otro lado, más le interesaría al legislador penal en términos de política criminal, así como a los operadores encargados de la prevención y control del delito. Al fin y al cabo, si se asume la estrategia la disuasión son principalmente dos las líneas de actuación que se pueden adoptar a nivel legislativo. Por un lado, se puede, como se suele hacer, modificar las leyes penales para criminalizar conductas, así como para aumentar las penas de delitos ya tipificados. De esta forma, se aumenta la severidad de la sanción y, por tanto, el coste del delito. La otra intervención posible es la de aumentar la certeza de la sanción, tradicionalmente por medio del aumento de efectivos policiales que consigan aumentar la percepción de certeza en los potenciales infractores. No es ningún descubrimiento a estas alturas que es más la estrategia primera la que el legislador suele emplear que la segunda. Sin embargo, esto no recibe ninguna evaluación *ex ante* ni tampoco *ex post*, yendo en contra de lo que exigiría atender realmente a la razón instrumental del Derecho penal y de la pena misma, en la forma en la que se ha argumentado en el *Capítulo II*.

A lo anterior cabría añadir que también se debe tener en cuenta cuál de todas las combinaciones posibles de las características de las sanciones (cuánta de cada una) es la más eficiente y eficaz a los objetivos a los que sirve. Esto es, si se va a emplear la disuasión es necesario analizar cuál es la disuasión óptima. Para responder esta pregunta, se llevó a cabo el Estudio 5 (*Capítulo IX*), un diseño factorial con tres grados de severidad y cuatro grados de certeza.

P3. *¿Qué otros mecanismos están detrás del cumplimiento de las normas?*

En una ponencia, la profesora de la Universidad de Yale Tracey MEARES⁹⁴⁴ explicaba que la política policial en Estados Unidos (y, en nuestra opinión, en la mayoría de las sociedades occidentales) enfatizaba mucho el castigo y el hecho de detener a aquellos que quebrantaban la ley. Sin embargo, comentaba MEARES en esa misma ponencia que hay otro lado de la cuestión al que necesitamos mirar, y es el relativo a que la mayor parte de la gente cumple con las normas. Incluso los propios delincuentes, en la mayoría de las ocasiones, cumplen con ellas. Eso le lleva a preguntarse las siguientes cuestiones:

«¿Por qué la gente obedece la ley? ¿Obedecen la ley porque temen las consecuencias de no hacerlo, o porque creen que es lo correcto, o porque piensan que los agentes del gobierno o la policía tienen derecho a dictarles el comportamiento adecuado?»

En este sentido, tratar de responder a esta pregunta resulta de especial interés porque, en la medida en que le otorgamos a la pena como medio la tarea de dirigir la conducta humana hacia el cumplimiento, de motivar, de dar razones para cumplir con las normas penales, resulta coherente (si no esencial) saber y conocer por qué las personas cumplen con las normas⁹⁴⁵. No puede pensarse que la intimidación es el único

⁹⁴⁴

Disponible

en:

https://www.youtube.com/watch?v=pbUKFclIQ5c&ab_channel=TheJusticeDepartment

⁹⁴⁵ En palabras de MIRÓ LLINARES que «Partir de que la sanción penal, desde su propia enunciación general, tiene una función de prevención de comportamientos delictivos, implica admitir que la pena, en esa fase, tiene capacidad para disuadir de realizar el delito o, en otros términos, y desde una perspectiva más amplia, para motivar la conducta humana. Aceptado eso, el siguiente paso para comprender las características de eficacia preventiva de

«por qué» o la explicación última de por qué las personas cumplen con las normas. No es verosímil desde un punto de vista general, y mucho menos lo es desde el punto de vista del penalista o del criminólogo. De esta cuestión nos ocupamos en los estudios 1, 2, 3, y 4.

P4. *¿Pueden las sanciones penales generar incumplimiento?*

Como se ha argumentado en el apartado anterior, esta pregunta de investigación nos parece no menos relevante para el Derecho penal, la política criminal y la criminología de lo que lo es la pregunta relativa al efecto preventivo de las sanciones penales o los factores asociados con el cumplimiento de las normas y, sin embargo, es una pregunta que da la sensación de que en ocasiones se descuida por completo. Sí que es cierto que se hace alguna referencia cuando se habla de la disuasión marginal, de la problemática que implica sancionar con menos penas conductas o modalidades de conductas más graves (i.e. esta problemática se analiza especialmente con respecto a los delitos medioambientales⁹⁴⁶). Asimismo, desde una perspectiva

la pena consiste en identificar los factores, relacionados con ella, que inciden en el cumplimiento de las normas. El análisis desde las ciencias sociales del denominado “cumplimiento normativo” conlleva, por tanto, tres tareas: una sencilla, tanto que se puede dar por resuelta, consistente en la comprobación de la hipótesis de que las personas se ven motivadas por el castigo penal; otra, mucho más complicada, y pese a los múltiples estudios existentes se debe considerar aún abierta, la de identificar los factores, relacionados con el propio enunciado normativo de la conducta prohibida a la que se apareja una sanción, que inciden en que se cumplan las normas penales; y una tercera, aún más difícil y sobre la que hay que focalizar la investigación social a mi parecer, la consistente en determinar el peso que la propia pena tiene en la decisión de cumplimiento o de incumplimiento en relación con el resto de factores no relacionados con ella. Estos dos son, pues, los retos más importantes que tienen las ciencias sociales respecto a la relación entre la conducta humana y el castigo penal, la identificación de los mecanismos de la conducta de cumplimiento y la concreción de la relevancia que para ello tiene la conminación legal de la pena en el marco del Sistema Penal» (MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», ob. cit., pp. 14-15).

⁹⁴⁶ SÁNCHEZ OTHARAN, J. F., *Protección penal del medio...*, ob. cit.

normativa también es habitual argumentar el carácter injusto que implica una desproporcionalidad penal, esto es, cuando las penas se exageran hasta tal punto que la desproporcionalidad es palpable. Sin embargo, no es habitual realizarse la pregunta respecto a si son las propias sanciones penales las que pueden generar desobediencia a las normas porque hayan rebasado el límite de lo tolerable como intervención penal legítima. Esto es, cuando la estrategia disuasoria es excesiva y así se percibe por los ciudadanos, ¿pueden tales normas generar desobediencia, incumplimiento o deslegitimación? De acuerdo con la teoría del desafío hemos analizado que ésta es una explicación plausible.

Así, determinados acontecimientos que suceden en la realidad pueden llevar a preguntarnos si una excesiva presión punitiva sobre conductas que la sociedad no considera lo suficientemente lesivas puede generar una rebeldía hacia la propia norma y autoridad. En ese caso, no solamente estaríamos hablando de una ineficacia de la sanción, sino de un efecto perverso de la misma. Conocer este extremo, también es esencial en términos de política penal. ¿Hasta dónde es legítimo el uso de la disuasión? Para responder a esta pregunta, llevamos a cabo el Estudio 6, aprovechando precisamente un contexto en el que intuíamos que la teoría del desafío podía tener un cierto valor explicativo: el de los delitos de expresión. Y no solamente porque, como se ha indicado, este ámbito siempre ha adolecido de una gran tensión en el debate académico, político y social, sino porque los últimos acontecimientos relacionados con las condenas a determinadas personas cuyos casos adquirieron cierta relevancia pública y mediática habían dado lugar a ciertas respuestas sociales.

4. MATERIALES Y MÉTODOS EMPLEADOS EN LA INVESTIGACIÓN

En el *Capítulo II*, concretamente, en el apartado en el que se hacía referencia a las limitaciones de las ciencias sociales para resolver

preguntas de forma satisfactoria que atañen a cuestiones que tradicionalmente se han abordado desde el ámbito normativo con metodologías y métodos propios del ámbito jurídico, se ha hecho una breve referencia a la discusión con respecto a los mejores métodos y diseños de investigación en el ámbito empírico. En concreto, hemos tomado una postura abierta al respecto, entendiendo que el mejor método y diseño a emplear para abordar una pregunta de investigación dependerá, en última instancia, de ésta misma, de cuáles sean los objetivos de la investigación y de cuál se considere el diseño que mejor encaja en todo ello, sin dar una preeminencia de unas metodologías y diseños de investigación sobre otros, sino poniendo el foco en el tipo de pregunta que se hace y escogiendo el método y diseño con el que se pueda responder mejor. En este sentido, en esta tesis doctoral se han empleado diversos diseños de las preguntas de investigación anteriormente planteadas, aunque destacaríamos las siguientes características comunes.

Investigación cuantitativa

En primer lugar, y como característica común a todos los estudios aquí presentados, todas las investigaciones tienen un enfoque eminentemente cuantitativo, ya que cada uno de los estudios partía de teorías o enfoques específicos ya previamente desarrollados por la literatura al respecto, y en nuestro caso, el objetivo era cuantificar prevalencias y, asimismo, analizar en qué medida las variables y relaciones entre ellas que establecían cada uno de los enfoques y teorías se ajustaban a la realidad de las diferentes muestras⁹⁴⁷.

⁹⁴⁷ Así, mientras que la investigación cuantitativa se basa en teorías o formulaciones previas y busca confirmar la información, la investigación cualitativa se fundamenta en sí misma. En este sentido, HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., y BAPTISTA LUCIO, P., *Metodología...*, *ob. cit.*, p. 10 establecen las siguientes diferencias generales: «El enfoque cualitativo busca principalmente la “dispensión o expansión” de los datos e información, mientras que el enfoque cuantitativo pretende “acotar” intencionalmente la información (medir con precisión las variables del

Coste de oportunidad en el diseño

En segundo lugar y, más allá de lo anterior, como se ha indicado *supra*, se han empleado metodologías y materiales en función de cuál se ha creído que era el mejor diseño en cada momento, pero también sopesando distintas variables que afectan directamente a las decisiones tomadas al respecto (e.g. posibilidad de financiación del muestreo, coste de oportunidad de hacerlo de un modo y no de otro, número de ítems de cada instrumento necesarios para analizar cada cuestión e impedir al mismo tiempo el abandono o la mortalidad en la recogida de datos, etc.) a las que, en definitiva, todo investigador debe enfrentarse.

Tipo y administración de los instrumentos de medición

En tercer lugar, por la naturaleza misma de las preguntas de investigación planteadas, difícilmente podíamos acudir a fuentes de datos o estadísticas oficiales para responderlas de forma adecuada. Por este motivo, una característica también común es que en todos los estudios se utilizan cuestionarios de medidas autoinformadas⁹⁴⁸. Cada uno de los cuestionarios se ha diseñado teniendo en cuenta la operativización de las variables realizada por la literatura previa.

estudio, tener “foco”). Mientras que un estudio cuantitativo se basa en investigaciones previas, el estudio cualitativo se fundamenta primordialmente en sí mismo. El cuantitativo se utiliza para consolidar las creencias (formuladas de manera lógica en una teoría o un esquema teórico) y establecer con exactitud patrones de comportamiento de una población; y el cualitativo, para que el investigador se forme creencias propias sobre el fenómeno estudiado, como lo sería un grupo de personas únicas o un proceso particular»

⁹⁴⁸ Sobre las propiedades y las críticas de la encuesta como instrumento de medición véase ALVIRA MARTÍN, F., *La encuesta: una perspectiva general metodológica*, Centro de Investigaciones sociológicas, Madrid, 2011.

Por lo que se refiere a la administración de los cuestionarios a las distintas muestras, ésta, tal y como adelantábamos en el anterior apartado, se ha realizado dependiendo de la disponibilidad de financiación para llevarla a cabo. Así, por ejemplo, en relación con los Estudios 1, 3 y 4 que carecieron de apoyo económico para su realización, los cuestionarios fueron administrados a través de Internet, concretamente, de redes sociales como Twitter, Facebook, WhatsApp, etc. En este sentido, es necesario tomar en consideración que este tipo de muestreo no probabilístico y de tipo «bola de nieve» trae consigo una serie de limitaciones que impiden generalizar los resultados obtenidos. Todas ellas, como es lógico, se recogen en cada uno de los estudios. En cambio, en aquellos estudios en los que se contó con financiación (Estudios 2, 5 y 6) los cuestionarios fueron administrados a través de una empresa especializada en estudios sociales y de mercado (Febboo), que se encargó de recoger las correspondientes muestras representativas de la población española en la variable «sexo» y comunidad autónoma. Los errores muestrales para cada uno de estos estudios están recogidos en cada uno de ellos.

Diseño de investigación

Como se explicará con más detalle en los correspondientes estudios, se han utilizado esencialmente dos tipos de diseños. En los Estudios 1, 2, 3, 4 y 6 se ha empleado un diseño no experimental y trasversal. Esto significa que en este tipo de estudios de lo que se trata es de recoger las medidas en un único momento en el tiempo. Este tipo de diseños son idóneos para poder describir las variables y observar su prevalencia, así como la relación entre ellas en un determinado momento, el de la recogida de la muestra. Por su parte, dada la pregunta de investigación planteada en el Estudio 5, se utilizó un diseño cuasiexperimental mediante un diseño factorial. La principal fortaleza de este tipo de diseño es que, a diferencia de los anteriores, se puede concluir que las diferencias entre grupos se deben a la manipulación introducida, ya que el resto, siendo

equivalentes o cuasi equivalentes los grupos, se ha mantenido exactamente igual. La técnica en este caso empleada ha sido la del caso escenario, una técnica especialmente útil, tal y como se ha visto en el *Capítulo V*, en el ámbito de la disuasión. En este caso, se les expone a los participantes a un escenario hipotético pero que tiene credibilidad en tanto que son escenarios que representan situaciones de la vida real en la que hay que tomar decisiones. En el supuesto de los diseños factoriales, los escenarios son construidos de tal forma que la única diferencia que hay entre unos y otros es la manipulación de la variable independiente (a veces puede ser una simple palabra). En este sentido, los participantes suelen responder en qué medida harían lo mismo que el protagonista del caso escenario. Este tipo de diseño cuasiexperimental tiene varias ventajas. Las principales, como señalan LEEPER PIQUERO, KANVINDE y SANDERS⁹⁴⁹, es que al utilizar tanto un diseño experimental aleatorio (i.e. los participantes caen aleatoriamente en cada uno de los grupos), como la encuesta social, se aumenta la validez interna del diseño, pero también la validez externa⁹⁵⁰.

UNIVERSITAS Miguel Hernández

⁹⁴⁹ LEEPER PIQUERO, N., KANVINDE, V., y SANDERS, W., «Factorial Surveys and Crime Vignettes», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

⁹⁵⁰ AVIRAM, C. S., «What Would You Do? Conducting Web-Based Factorial Vignette Surveys», en GIDEON, L. (ED.), *Handbook of Survey Methodology for the Social Sciences*, Springer, New York, 2012; WALLANDER, L., «25 Years of Factorial Surveys in Sociology: A Review», en *Social Science Research*, vol. 38, 2009.

Análisis de datos

Por último, para el análisis de los datos de todos los estudios se ha empleado el paquete estadístico para las ciencias sociales o SPSS por sus siglas en inglés (*Statistical Package for the Social Sciences*, en su versión 28.0.0.0 (190), facilitado por la Universidad Miguel Hernández. Este paquete, desarrollado por la Universidad de Chicago, es actualmente uno de los más sofisticados, y contiene todos los análisis estadísticos necesarios para testar las hipótesis planteadas en los distintos estudios.

5. UN AVISO PREVIO

Antes de pasar a la exposición de los seis estudios que conforman la tercera parte de esta tesis doctoral, cabe advertir que son artículos previamente publicados y que forman así parte del cuerpo de la tesis. En este sentido, cuatro de ellos están escritos en castellano y dos en inglés. Si bien la mayoría de ellos han sido publicados en revistas cuyo sistema de citación exigido es el de APA, las citas y referencias bibliográficas de los artículos se han adaptado para adecuarlas al sistema de citación utilizado en esta tesis doctoral. Siguiendo con este estilo de presentación, no se mostrará la bibliografía empleada en cada artículo como un apartado más de estos, sino que toda la bibliografía utilizada, incluida la de los manuscritos, se presentará al final del trabajo. Una vez señalados estos aspectos formales, también cabe advertir con respecto al contenido de los estudios dos cuestiones. La primera es la relativa a su estructura y, también, los diferentes marcos teóricos. En consonancia con lo explicado en apartados anteriores sobre las preguntas de investigación, se podrá observar que todos los estudios tienen una estructura muy similar, respondiendo a la organización que suelen emplear los artículos empíricos. Así, es una cuestión convencional la de presentar una introducción en la que se manifiesta el interés de la cuestión; posteriormente se hace referencia al marco o marcos teóricos de los que se parte; detrás

se presenta el método haciendo referencia a los objetivos, hipótesis, muestra, diseño y procedimiento; más adelante se detallan los resultados; y, finalmente, se establece una discusión comparando los resultados del estudio con los de la literatura previa y se exponen las conclusiones que se pueden derivar de la línea de investigación en función de los resultados obtenidos. Esta es, en realidad, la estructura convencional utilizada en ciencias empíricas y conocida como IMRaD (*Introduction, Method, Results, and Discussion*). Se trata de una estructura diseñada para aportar claridad en la exposición y facilitar así la comunicación de los resultados de la investigación. De otro lado, también es importante tener en cuenta que cuatro de los seis estudios presentados buscan dar respuesta, entre otras, a la pregunta relativa a qué factores inciden en el cumplimiento de las normas de que se trate. Por ello, la estructura en la exposición y los marcos teóricos son muy similares. Primero se expone el enfoque de la disuasión, posteriormente el de la influencia social y finalmente el de la legitimidad. En este sentido, al partir de las mismas premisas, los marcos teóricos de un estudio a otro pueden resultar repetitivos, aunque adaptados al objeto de estudio. De igual forma, aunque en los dos últimos estudios (Estudio 5 y 6) las preguntas de investigación y, por tanto, el enfoque, sean distintos, también es necesario tener en cuenta que en estos dos también se tiene muy presente el enfoque de la disuasión, por lo que este marco teórico también podrá resultar similar a lo expuesto en los anteriores estudios, aunque adaptado y aplicado a la especificidad de cada pregunta de investigación y ámbito normativo. La segunda cuestión importante que es necesario poner de relieve antes de entrar en la exposición de los estudios empíricos es la relativa a los diferentes objetos sobre los que recaen las preguntas de investigación. Esta tesis tiene una vocación en este sentido muy generalista, como la tiene también el proyecto NEXO. Por ello, se han puesto a prueba las diferentes hipótesis de las teorías que se han analizado en la segunda parte de esta tesis doctoral sobre ámbitos normativos cuyos objetos de protección son muy distintos. De esta manera, se han empleado tanto las normas de

propiedad intelectual, como las normas de prohibición de determinados discursos, como también la norma de desobediencia en un contexto muy específico. Sin embargo, en esta tesis no se profundiza en ninguno de estos ámbitos normativos en sí mismos considerados. Esto es, no se encontrará una disertación sobre el fundamento y alcance de los delitos de expresión, ni tampoco de los delitos contra la propiedad intelectual o contra el principio de autoridad. Estos intereses se analizarán en cada artículo en la medida en que son de interés para la puesta a prueba de la hipótesis del enfoque de la disuasión y de otros modelos de cumplimiento. La razón principal de esta forma de proceder es, además de esa vocación generalista que no se ata con ningún ámbito normativo concreto, la cuestión relativa a la oportunidad de investigación y también de financiación que se han señalado en apartados anteriores. Es desde esta óptica desde la que se ha enfocado esta tesis doctoral y desde la que se ha estructurado y diseñado.





CAPÍTULO VII. FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS: EL PAPEL DE LA DISUASIÓN

Este capítulo está integrado por los siguientes dos artículos previamente publicados:

- Gómez Bellvís, A. B., «Crónica de una ineficacia anunciada: un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2019.
- Gómez Bellvís, A. B., y Miró Llinares, F., «¿Por qué incumplen ellas las normas penales en Internet? Aproximación al “género del cibercrimen” desde el análisis de las infracciones de piratería digital», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 36, 2021.



ESTUDIO 1. CRÓNICA DE UNA INEFICACIA ANUNCIADA: UN ESTUDIO SOBRE LOS FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ¿EN LA ENCRUCIJADA?

Internet ha supuesto la revolución de muchos fenómenos sociales y la transformación para siempre de instituciones jurídicas que han dejado de ser entendidas como lo eran antes de la aparición de este espacio⁹⁵¹. Puede que esta afirmación suene a *cliché*, pero adquiere especial sentido cuando nos acercamos a la propiedad intelectual como la institución jurídica que regula la creación de obras del ingenio. Esta institución siempre ha presentado particularidades que la hacen única frente a otros fenómenos sociales regulados normativamente, como es la conjunción de distintos intereses que se hallan en su razón de ser. Si uno acude al análisis de su genética, lo que hoy entendemos como propiedad intelectual no es más que la concurrencia y relación tormentosa entre cuatro intereses distintos entre sí: el interés individual moral del autor de ser reconocido como tal, el interés individual patrimonial como derecho a obtener las ganancias de una obra que ha adquirido valor económico, el interés colectivo-social en fomentar que se creen el mayor número de obras posibles y el interés colectivo-

⁹⁵¹ MIRÓ LLINARES, F., «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *IDP. Revista Derecho y Política*, núm. 22, 2016.

social en acceder fácilmente a las mismas⁹⁵². Una vez identificados todos ellos, corresponde al legislador buscar el equilibrio entre los mismos y establecer un modelo de protección.

Sin embargo, si la armonía entre estos dos grupos de intereses, los individuales y los colectivo-sociales, ya resulta complicada en su formulación porque son contradictorios entre sí, Internet no ha hecho más que aumentar la tensión entre ambos al hacer que las obras puedan ser fácilmente copiadas, manipuladas y distribuidas sin apenas esfuerzo, coste ni tiempo. Tal y como explica SCHULTZ⁹⁵³, en el pasado la gente no tenía más opción que cumplir con los derechos de autor porque copiar y distribuir las obras era muy costoso y difícil. Sin embargo, las TIC e Internet han cambiado las reglas del juego drásticamente tanto para los consumidores como para la industria, a cargo principalmente de la creación de comunidades *Peer-to-Peer* (en adelante P2P) o las *webs* enlace donde millones de usuarios tienen acceso a contenido protegido sin autorización⁹⁵⁴. Una de las consecuencias del peligro que Internet supone para los derechos de autor es la ingente cantidad de reformas que ha sufrido la protección de la propiedad intelectual tanto por medio del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con once modificaciones desde 1996, como mediante el Código Penal, que en sus tres reformas más significativas (2003, 2010 y 2015) ha encontrado la oportunidad de seguir con la adaptación de la protección de los derechos de autor a las características del

⁹⁵² MIRÓ LLINARES, F., *La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid; MIRÓ LLINARES, F., «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, núm. 2.

⁹⁵³ SCHULTZ, M. F., «Copynorms: Copyright and Social Norms», 2006, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=933656>.

⁹⁵⁴ ALTSCHULLER, S., y BENBUNAN-FICH, R., «Is the music the new prohibition? What students reveal through an ethical dilemma», en *Ethics and Information Technology*, vol. 11, núm. 1, 2009.

ciberespacio, en demasiadas ocasiones, como consecuencia de la influencia interesada de los grupos de presión⁹⁵⁵. Sin embargo, muchos de estos esfuerzos legales caen fácilmente en saco roto debido a la discordancia clara entre las normas positivas y la realidad social⁹⁵⁶. Más concretamente, la estrategia legislativa de aumentar la severidad, por ejemplo, mediante la criminalización de las *webs* enlace, puede parecer intuitiva como noción simplificada de la idea del conductismo⁹⁵⁷, pero los datos disponibles de la trasgresión en Internet de los derechos de autor parecen no responder a esta premisa. De acuerdo con el Observatorio de Piratería, para el año 2016 se estimaba que se había accedido ilegalmente a un volumen total de 4.128 millones de contenidos con un valor económico de 23.294 millones de euros. Además, los datos no presentan grandes variaciones respecto del año anterior.

Ante evidencias como estas, la literatura coincide en que frente a este tipo de ámbitos donde las normas sociales son especialmente discordantes con las normas positivas, la efectividad del enfoque clásico de la disuasión basado en la manipulación de la severidad y la certeza es, cuando no nula,

⁹⁵⁵ RANDO CASERMEIRO, P., «La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-03, 2015.

⁹⁵⁶ ANDERSON, J., y LARSSON, S., «On the Justifications of Piracy: Differences in Conceptualization and Argumentation between Active Uploaders and Other File-Sharers», en ARVANITAKIS, J., y FREDRIKSSON, M. (EDS.), *Piracy: Leakages from Modernity*, Litwin Books, Los Angeles, 2013; FELDMAN, Y., y NADLER, J., «Expressive Law and File Sharing Norms», en *San Diego Law Review*, vol. 43, 2005; LARSSON, S., «Karl Renner and (Intellectual) Property -How Cognitive Theory Can Enrich Sociolegal Analysis of Contemporary Copyright», en *Law & Society Review*, vol. 48, núm. 1, 2014; SVENSSON, M., y LARSSON, S., «Intellectual Property Law Compliance in Europe: Illegal File Sharing and the Role of Social Norms», en *New Media & Society*, vol. 14, núm. 7, 2012.

⁹⁵⁷ ALVIRA-MARTIN, F., «El efecto...», *ob. cit.*

muy fútil, para la modificación de los hábitos sociales⁹⁵⁸. Más aún cuando, por un lado, la percepción pública de la ciudadanía respecto de los fundamentos de los derechos de propiedad intelectual es contraria a las decisiones legales y de política legislativa⁹⁵⁹ y, por otro, se trata de conductas infractoras pero que se valoran como socialmente aceptadas⁹⁶⁰. Como ha quedado ampliamente establecido, no se niega que el hecho de manipular estas dos variables tenga algún efecto sobre la conducta humana⁹⁶¹, especialmente por lo que se refiere a los efectos comunicativos de la norma⁹⁶², sino que la mera enunciación legal no puede decirnos mucho más sobre por qué se cumplen las mismas, o más bien por qué no se cumplen algunas de ellas de forma abrumadora. Por este motivo, desde

⁹⁵⁸ BAUTISTA-ORTUÑO, R., y SITGES-MACIÁ, E., «Análisis de los predictores psicosociales de la transgresión de normas de tráfico en España: los casos del uso del cinturón, del teléfono móvil, los límites de velocidad y el límite de alcoholemia al volante», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 14, 2016; MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la función...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; OCEJA, L. V., *et al.*, «¿Por qué cumplimos las normas? Un análisis psicosocial del concepto de legitimidad», en *Revista de Psicología Social*, vol. 16, núm. 1, 2011; ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., «The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best», en *Geo. L. J.*, vol. 91, 2003; TYLER, T. R., «Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective», en *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 29, 1997.

⁹⁵⁹ MANDEL, G. N., «The Public Perception of Intellectual Property», en *Fal. L. Rev.*, vol. 66, 2014.

⁹⁶⁰ KRAWCZYK, M., *et al.*, «Do pirates play fair? Testing copyright awareness of sports viewers», en *Behavior & Information Technology*, vol. 36, núm. 6, 2016; SHULTZ, M. F., «Copynorms...», *ob. cit.*

⁹⁶¹ PATERNOSTER, R., *ET AL.*, «Perceived risk and social control: Do sanctions really deter?», en *Law & Society*, vol. 17, 1983; PRATT, T. C., *et al.*, «The empirical status of...», *ob. cit.*

⁹⁶² FELDMAN, Y., y NADLER, J., «Expressive Law...», *ob. cit.*; LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., y MANOLIS, C., «Deterring illegal downloading: The effects on threat appeals, past behaviour, subjective norms, and attributions of harm», en *Journal of Consumer Behavior*, vol. 6, 2007; ROBERSTON, K., *et al.*, «Illegal Downloading, Ethical Concern, and Illegal Behavior», en *Journal of Business Ethics*, vol. 108, núm. 2, 2011.

distintos ámbitos, especialmente desde la Criminología, Psicología y Sociología jurídica, entre otros, se han ido realizando investigaciones que han tratado de analizar los factores psicosociales que concurren en el fenómeno del comportamiento normativo. De este modo, la literatura científica ha abordado principalmente tres enfoques distintos, cada uno con sus propias variables, que podrían explicar qué es lo que está detrás de la decisión de las personas a la hora de cumplir o no con determinadas normas: el enfoque de la disuasión, el de la influencia social y el de la legitimidad.

2. FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO: UNA REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES ENFOQUES

2.1. SEVERIDAD Y CERTEZA COMO VARIABLES DEL ENFOQUE CLÁSICO DE LA DISUASIÓN

Tal y como se ha indicado anteriormente, la tensión que soporta la propiedad intelectual por las conductas infractoras de los derechos de autor a través del ciberespacio ha traído como consecuencia que el legislador en su modelo de protección incluya la criminalización de nuevas conductas a las que asigna sanciones incluso de prisión. Sin embargo, esta estrategia legislativa supone la admisión de que las sanciones formales asociadas a las conductas infractoras y su manipulación serán suficientes por sí mismas para motivar la conducta humana hacia el cumplimiento. Como consecuencia, la tónica de esta hipótesis se encuentra en la sanción formal y sus características. La formulación clásica de éstas se la debemos principalmente a BECCARIA⁹⁶³ y BENTHAM⁹⁶⁴ quienes establecieron como atributos del castigo su severidad, certeza y prontitud. Sin embargo, la literatura ha ido analizando empíricamente al detalle estas tres características estableciendo su alcance y sus límites. Así, se ha

⁹⁶³ BECCARIA, C., *Tratado de...*, *ob. cit.*

⁹⁶⁴ BENTHAM, J., *An Introduction...*, *ob. cit.*

dicho que estos tres caracteres, en realidad, tienen un doble nivel: un primer nivel objetivo y referido a la severidad, certeza y prontitud real del castigo⁹⁶⁵ y otro subjetivo como la severidad, certeza y prontitud percibida por el sujeto que se tiene que ver motivado para cumplir la norma⁹⁶⁶, siendo precisamente éste último el que tiene capacidad real para motivar⁹⁶⁷. De esta manera y de acuerdo con SINHA y MANDEL⁹⁶⁸, en este esquema la decisión de participar en una conducta de riesgo como descargar archivos ilegalmente dependería de dos grandes dimensiones: la certeza percibida, es decir, la probabilidad que cree el sujeto que tiene de ser «pillado», utilizando el vocabulario de los autores, y las consecuencias adversas ligadas a la conducta infractora, es decir, el castigo.

Estas variables se han analizado respecto del cumplimiento de normas de muy distinta naturaleza, como pueden ser las normas de tráfico, especialmente las referidas a la ingesta de alcohol y el exceso de velocidad⁹⁶⁹, odio a través de las redes sociales⁹⁷⁰, el impago de impuestos⁹⁷¹, entre otras. Los resultados vienen a coincidir en que estas variables explican muy poco respecto de lo que motiva a las personas a cumplir. En este sentido, conforme al metaanálisis realizado por PRATT y sus colaboradores sobre las evidencias empíricas disponibles

⁹⁶⁵ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

⁹⁶⁶ PATERNOSTER, R., «How much...», *ob. cit.*

⁹⁶⁷ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

⁹⁶⁸ SINHA, R. K., y MANDEL, N., «Preventing digital music piracy: The carrot or the stick?», en *Journal of Marketing*, vol. 72, núm. 1, 2008.

⁹⁶⁹ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; BAUTISTA-ORTUÑO, R., y SITGES-MACIÁ, E., «Análisis de los...», *ob. cit.*; ALONSO, F., *et al.*, «Speed and Road Accidents: Behaviors, Motives, and Assessment of the Effectiveness of penalties for Speeding», en *American Journal of Applied Psychology*, núm. 3, 2013.

⁹⁷⁰ BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un ciberhater? Predictores de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *International E-Journal of Criminal Sciences*, núm. 11, 2017.

⁹⁷¹ KHLIF, H., y ACHEK, I., «The Determinants of Tax Evasion: a Literature Review», en *International Journal of Law and Management*, vol. 57, núm. 5, 2015.

acerca de la disuasión, el tamaño del efecto medio entre el crimen y las variables de la teoría de la disuasión se encuentran entre la calificación de modestas e insignificantes, a lo que añaden que «este hallazgo sugiere que las causas de la conducta delictiva son multifacéticas y se extienden mucho más allá del rango limitado de la teoría de la disuasión»⁹⁷². En el caso de los estudios sobre la propiedad intelectual, los resultados apuntan a una dirección similar. SVENSSON y LARSSON⁹⁷³, en un estudio que realizaron para analizar los efectos que había tenido la implementación de la Decisión 2004/48/CE que reforzaba la protección de la propiedad intelectual en la Unión Europea, concluyeron que esta estrategia preventiva no había supuesto grandes cambios en los hábitos sociales de los sujetos a la hora de compartir contenidos ilegalmente. En un sentido similar, el estudio de LEVIN, DATO-ON y MANOLIS⁹⁷⁴ sobre una muestra de universitarios resultó en que la severidad no reducía demasiado las intenciones de descargar ilegalmente contenidos en el futuro. Todo ello, como se ha indicado, no significa que haya que descartar el enfoque de la disuasión, es decir la severidad y la certeza como variables que explican la motivación del comportamiento humano hacia las normas, sino que las evidencias empíricas ponen seriamente en duda que la mera manipulación de las mismas sea suficiente *per se* para enviar el mensaje matizado que se necesita para influir en los potenciales infractores de manera más precisa⁹⁷⁵. De hecho, en un estudio experimental llevado a cabo por FELDMAN y NADLER⁹⁷⁶ sobre las teorías expresivas de la pena y su capacidad para influir en los hábitos sociales en materia de compartir contenido protegido por *copyright*, los participantes mostraban una menor intención de infringir las normas cuando se les enunciaba la prohibición y

⁹⁷² PRATT, T. C., *et al.*, «The empirical status of...», *ob. cit.*, p. 383.

⁹⁷³ SVENSSON, M., y LARSSON, S., «Intellectual Property Law...», *ob. cit.*

⁹⁷⁴ LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., y MANOLIS, C., «Deterring illegal...», *ob. cit.*

⁹⁷⁵ ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., «The Role of Deterrence...», *ob. cit.*

⁹⁷⁶ FELDMAN, Y., y NADLER, J., «Expressive Law...», *ob. cit.*

su sanción formal asignada, pero dichas intenciones se reducían más todavía cuando en lugar de sanciones formales se asignaban sanciones informales ligadas a la estigmatización y la vergüenza. En este sentido, estamos de acuerdo con LEVIN, DATO-ON y MANOLIS⁹⁷⁷ en que la apelación a las amenazas puede constituir un mensaje persuasivo para infundir miedo en los sujetos, pero también con OCEJA *et al.* en que no nos podemos quedar solamente con la idea de que las personas siempre responden a un cálculo racional sobre los costes-beneficios a la hora de cometer una infracción, porque «existen normas que son obedecidas por la mayoría de los ciudadanos aunque no se esperen obtener grandes beneficios (por ejemplo, no entorpecer el paso de una ambulancia) y, lo que resulta aún más significativo, normas que se incumplen con cierta frecuencia a pesar de que los costes puedan llegar a ser muy elevados (por ejemplo, superar el límite de velocidad)»⁹⁷⁸.

2.2. EL ENFOQUE DE LA INFLUENCIA SOCIAL Y LA LEGITIMIDAD DE LA NORMA

Más allá del estudio de las características del castigo formal y su capacidad para influir en el comportamiento normativo, la literatura científica ha investigado otra serie de variables explicativas de por qué cumplimos las normas y que se integran en el enfoque de la influencia social y en el de la legitimidad.

La influencia social se ha identificado con la toma de decisiones de un sujeto basada en la conducta de los demás⁹⁷⁹, y cuyo núcleo se sitúa en las normas sociales, definidas por CIALDINI, KALLGREN y RENO como la evidencia de lo que los demás hacen habitualmente (norma descriptiva) y lo que los

⁹⁷⁷ LEVIN, A. M., DATO-ON, M .C., y MANOLIS, C., «Deterring illegal...», *ob. cit.*

⁹⁷⁸ OCEJA, L. V., *et al.*, «¿Por qué cumplimos...», *ob. cit.*, p. 22.

⁹⁷⁹ KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*

demás comúnmente aprueban (norma prescriptiva)⁹⁸⁰. De hecho, de la mayoría de los estudios en los que se analiza el papel que juega la influencia social en el fenómeno del cumplimiento normativo, se pone de manifiesto que ésta tiene un gran valor explicativo⁹⁸¹. De acuerdo con ROBINSON, «las personas sienten el vigor de una norma social como una fuerza externa que incide sobre ellos», y, en consecuencia «las sanciones que se temen por la trasgresión de normas sociales generalmente se experimentan como provenientes de la comunidad y no dependen de la posibilidad de ser detenido y condenado»⁹⁸². En el mismo sentido, JENSEN explica que de acuerdo con las evidencias, las normas sociales o convenciones sociales pueden incrementar el coste de violar las normas⁹⁸³. En el ámbito de la propiedad intelectual, LEVIN, DATO-ON y MANOLIS encontraron en su estudio que más que la amenaza de castigo, las variables que más influencia tenían sobre las intenciones de descargar contenidos en un futuro eran lo que los autores identificaban con las normas sociales. Es decir, los participantes de este estudio tenían en cuenta lo que los demás pensarían de ellos por descargar canciones sin pagar⁹⁸⁴.

Por último, también se ha analizado como variable explicativa del comportamiento humano hacia las normas la legitimidad. Posiblemente el autor que más ha influido en la investigación empírica sobre la legitimidad ha sido TYLER, quien

⁹⁸⁰ CIALDINI, R. B., KALLGREN, C. A., y RENO, R. R., «A Focus Theory...», *ob. cit.*

⁹⁸¹ FELDMAN, Y., y NADLER, J., «Expressive Law...», *ob. cit.*; CIALDINI, R. B., KALLGREN, C. A., y RENO, R. R., «A Focus Theory...», *ob. cit.*; GAYMARD, S., «Norms in social representations: two studies with French young drivers», en *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 1, núm. 2, 2009.

⁹⁸² ROBINSON, P. H., *Principios...*, *ob. cit.*, p. 198.

⁹⁸³ JENSEN, C., «The More Things Change, The More They Stay the Same: Copyright, Digital Technology, and Social Norms», en *Stanford Law Review*, núm. 56, 2003.

⁹⁸⁴ LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., y MANOLIS, C., «Deterring illegal...», *ob. cit.*

en su reconocida obra *Why people obey the law* ha desarrollado la idea de que uno de los motivos por los que se cumplen las normas es porque las personas sienten la obligación de obedecer a las leyes y a las autoridades, en la medida en que éstas inspiran confianza, es decir, son percibidas como legítimas y los ciudadanos sienten la obligación de respetarlas⁹⁸⁵. Pero también se ha analizado otra variable relacionada con el cumplimiento normativo y el sistema de valores de las personas, y cuyo efecto es aún mayor que la anterior: la moral⁹⁸⁶. En este sentido, tal y como entiende SCHULTZ, la infracción de los derechos de autor es tan fácil de cometer y tan difícil de detectar en la mayoría de las ocasiones, que solo los escrúpulos de la persona podrán prevenir el incumplimiento⁹⁸⁷. Esto se hace más evidente cuando estamos hablando de conductas que se cometen a gran escala a través del ciberespacio, como lugar de oportunidad especialmente óptimo para el incumplimiento de los derechos de autor⁹⁸⁸. De acuerdo con MIRÓ LLINARES si entendemos

que las personas actúan guiadas, más que por el hábito y el interés inmediato, por sus propias convicciones morales, y se acepta, además, que las personas son más propensas a obedecer la ley cuando la consideran una autoridad moral legítima, habrá que reconocer que la percepción sobre la legitimidad de la norma concreta o del sistema puede influir decisivamente en el cumplimiento de las normas⁹⁸⁹.

Aplicado a nuestro objeto de interés, JAMBON y SMETANA, en un estudio llevado a cabo para evaluar las consideraciones morales de una muestra de universitarios, revelaron que los

⁹⁸⁵ TYLER, T. R., *Why People...*, *ob. cit.*

⁹⁸⁶ TYLER, T. R., «Compliance with Intellectual...», *ob. cit.*

⁹⁸⁷ SHULTZ, M. F., «Copynorms...», *ob. cit.*

⁹⁸⁸ MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011; MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012; SVENSSON, M., y LARSSON, S., «Intellectual Property...», *ob. cit.*

⁹⁸⁹ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, p. 23.

juicios morales sobre descargar música eran una cuestión compleja y que tenía que ver con extremos como la percepción de que la industria de la música es injusta y mantiene precios también injustos para los consumidores⁹⁹⁰. Además, entre sus resultados destaca que «los vínculos entre las creencias morales y las descargas pasadas sí proporcionan algunas ideas sobre el razonamiento de quienes descargan música ilegalmente»⁹⁹¹. Para CHIOU, HUANG, y LEE, la actividad de descargar guardaba una correlación negativa con el grado de moralidad personal⁹⁹².

De acuerdo con todo lo expuesto hasta el momento y, ante la escasa literatura en nuestro panorama científico nacional sobre el fenómeno del (in)cumplimiento normativo de los derechos de autor, así como teniendo en cuenta la especial importancia de un bien como la propiedad intelectual, el objetivo de este trabajo ha sido evaluar qué factores de estos tres enfoques (enfoque de la disuasión, de la influencia social y de la legitimidad) influyen en las conductas infractoras de derechos de autor.

3. EL ESTUDIO

3.1. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

Este estudio ha tenido como objetivo general analizar los factores que influyen en el cumplimiento de los derechos de autor en el ciberespacio. Especialmente respecto de aquellas conductas que consisten en la comunicación pública de obras del ingenio, comunicación pública a cambio de beneficio, la

⁹⁹⁰ JAMBON, M. M., y SMETANA, J. G., «College students' moral evaluations of illegal music downloading», en *Journal of Applied Developmental Psychology*, vol. 33, núm. 1, 2012.

⁹⁹¹ *Ibid*, p. 38.

⁹⁹² CHIOU, J-S., HUANG, C-Y, LEE, H-H, «The Antecedents of Music Piracy Attitudes and Intentions», en *Journal of Business Ethics*, vol. 57, núm. 2, 2005.

descarga mediante enlaces de descarga directa, la puesta a disposición mediante *link*, la descarga por medio de programas P2P y compartir mediante P2P. Pero también respecto de dos conductas que se han operativizado como conductas contra la propiedad intelectual en el espacio físico: la distribución de copias físicas y el plagio. Estos objetivos quedan concretados en los siguientes específicos.

1. Analizar la prevalencia de las conductas en el ciberespacio y espacio físico
2. Analizar los factores procedentes de los enfoques de la disuasión, influencia social y legitimidad
3. Analizar las relaciones entre el cumplimiento normativo y los factores contemplados en este estudio.
4. Elaborar un modelo matemático de las conductas más prevalentes de todas las analizadas.

Para alcanzar estos objetivos se ha propuesto someter a prueba diferentes hipótesis relacionadas con los modelos explicativos del cumplimiento normativo. Así, de acuerdo con las premisas del enfoque clásico de la disuasión basado en la manipulación de la certeza y la severidad percibida de las sanciones se hipotetiza lo siguiente:

H1a) *Cuanto mayor sea la sanción percibida asociada a la trasgresión de la norma, mayor será el cumplimiento de la misma.*

H1b) *Cuanto mayor es la probabilidad percibida de ser sancionado por la policía mayor será el cumplimiento de la norma.*

Por otro lado, y desde el enfoque de la influencia social, de conformidad con la Teoría Focal de la Conducta Normativa de CIALDINI, KALLGREN y RENO, las personas cumplen las normas en la medida en que también lo hacen los demás -norma descriptiva- y en función de si la conducta es percibida como

adecuada para su grupo de referencia -norma prescriptiva-⁹⁹³. En este sentido se hipotetiza lo siguiente:

H2a) *Cuanto mayor sea la desaprobación social de la conducta, mayor será el cumplimiento*

H2b) *Cuanto mayor sea el cumplimiento de la norma por el grupo de referencia del sujeto, mayor será el cumplimiento.*

Finalmente, desde la perspectiva de la legitimidad, en este estudio solamente se ha evaluado el juicio moral de los participantes, al entender con TYLER que la moral de las personas, entendida como las intuiciones de lo que está bien y lo que está mal, es determinante para el comportamiento legal⁹⁹⁴. En tal sentido, se ha hipotetizado que:

H3) *Cuanto mejor se juzgue la conducta mayor será el cumplimiento*

3.2. MÉTODO

Participantes

La muestra estuvo compuesta por 822 participantes, todos ellos residentes en España, de los cuales el 74,7% (614) eran mujeres y el 25,3% (208) eran hombres. De la muestra un total de 66,4% (546) tenía estudios universitarios, y una media de edad de 30 años (DT= 10,5).

Variables

Además de las variables sociodemográficas anteriormente detalladas, también se midieron las siguientes: 1) cumplimiento informado sobre ocho conductas infractoras de derechos de

⁹⁹³ CIALDINI, R. B., KALLGREN, C. A., y RENO, R. R., «A Focus Theory...», *ob. cit.*

⁹⁹⁴ TYLER, T. R., «Compliance with Intellectual...», *ob. cit.*

autor; 2) variables relacionadas con el enfoque de la disuasión; 3) variables relacionadas con el enfoque de la influencia social, y, 4) una variable del enfoque de la legitimidad, tal y como queda detallado en la Tabla 1 y Tabla 2.

Tabla 1
VARIABLES DEL ESTUDIO

| | | Ítems | Escalas |
|------------------------|--------------------|--|---|
| Sociodemográficos | Edad | ¿Cuál es su edad? | |
| | Sexo | ¿Cuál es su sexo? | |
| | País de residencia | ¿Cuál es su país de residencia? | |
| | Nivel de estudios | ¿Cuál es su nivel de estudios? | Leer y escribir; Estudios primarios; Estudios secundarios; Bachillerato/FP; Estudios universitarios |
| Cumplimiento informado | Ciberespacio | Comunicar públicamente | Con qué frecuencia... 0= Nunca; 10= Siempre |
| | | Comunicar públicamente a cambio de beneficio | Con qué frecuencia... 0= Nunca; 10= Siempre |
| | | Descargar mediante enlace | Con qué frecuencia... 0= Nunca; 10= Siempre |
| | | Poner a disposición mediante <i>link</i> | Con qué frecuencia... 0= Nunca; 10= Siempre |
| | | Descargar mediante P2P | Con qué frecuencia... 0= Nunca; 10= Siempre |
| | | Compartir mediante P2P | Con qué frecuencia... 0= Nunca; 10= Siempre |
| | | Espacio físico | Distribución de copias físicas |
| | Plagio | | Con qué frecuencia... 0= Nunca; 10= Siempre |

Tabla 2

(Continuación.) Variables del estudio

| | | | Ítems | Escalas |
|-------------------|---------------------|---|--|--|
| Disuasión | Severidad percibida | Percepción de la dureza del castigo | ¿Cuál crees que es la sanción formal máxima que podría llegar a recibir una persona en España por realizar cada una de las siguientes conductas? | Ninguna sanción porque no es ilegal; Multa económica; Trabajos en beneficio de la comunidad; Libertad vigilada; Prisión de 3 meses a 1 año; Prisión de más de 1 año a 5 años; Prisión de más de 5 años a 10 años; Prisión de más de 10 años a 15 años; Prisión de más de 15 años a 20 años; Prisión de más de 20 años a 25 años; Prisión de más de 25 años a 30 años; Prisión permanente revisable |
| | Certeza percibida | Probabilidad percibida de ser castigado | ¿Qué probabilidad crees que tendrías que recibir una sanción formal si hubieras realizado cada una de las siguientes conductas? | 0=Seguro que no me sancionarían; 10= Seguro que me sancionarían |
| Influencia social | Norma prescriptiva | Desaprobación social | Piensa en la gente de tu entorno. ¿En qué medida crees que desaprobarían o pensarían que has hecho algo malo si supieran que has realizado cada una de las siguientes conductas? | 0=No lo desaprobarían en absoluto; 10= lo desaprobarían totalmente |
| | Norma descriptiva | Grupo de referencia | ¿Cuánta gente crees que realiza cada una de las siguientes conductas? ¿Cuántos de tus amigos realizan cada una de las siguientes conductas? | 0= Nadie lo hace; 10= Todos lo hacen/ 0= Ninguno lo hace; 10= Todos lo hacen |
| Legitimidad | Juicio moral | | Y ahora, pensando en términos morales, ¿cuánto de mal crees que está realizar cada una de las siguientes conductas? | 0= No está mal en absoluto; 10= Está totalmente mal |

Instrumento, procedimiento y tipo de diseño

El instrumento empleado en este estudio ha sido el resultado de la adaptación de un instrumento anterior diseñado y empleado para medir el cumplimiento normativo en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial por BAUTISTA-ORTUÑO⁹⁹⁵ y BAUTISTA-ORTUÑO y MIRÓ LLINARES⁹⁹⁶. Asimismo, para la consecución de los objetivos e hipótesis planteadas, especialmente debido al alcance exploratorio del estudio, se consideró que el mejor diseño de investigación era uno de carácter no experimental en el que todos los participantes respondieran ante las mismas condiciones.

Por otro lado, el cuestionario fue administrado a través de servicios de publicidad de pago en Facebook. Se utilizó el sistema de encuestas gratuitas de Google para elaborar la encuesta. Los criterios de inclusión en la muestra fueron: 1) ser usuario de Facebook y residir en España; 2) tener al menos 13 años, y 3) hablar español. La campaña se desarrolló durante diez días (23/02/2018 a 04/03/2018, ambos inclusive), con un alcance potencial de 21.000.000 de personas, pero obteniendo un total de 822 respuestas válidas.

4. RESULTADOS

4.1. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA VARIABLE «CUMPLIMIENTO INFORMADO»

En relación con la variable «cumplimiento informado», tal y como muestra la Figura 1 y la Tabla 3, la mayor parte de la muestra no suele realizar las conductas infractoras de la

⁹⁹⁵ BAUTISTA ORTUÑO, R., *La obediencia a las normas de tráfico: Predictores Psicosociales del cumplimiento normativo tras a reforma del Código Penal de 2007 en materia de Seguridad Vial*, Tesis Doctoral, 2012.

⁹⁹⁶ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

propiedad intelectual evaluadas excepto en dos de los casos: la descarga de archivos mediante enlaces de descarga directa, en las que solo el 29,1% dice no hacerlo nunca y, la descarga por medio de programas P2P, en la que dice no hacerlo nunca el 41,2% de la muestra. En el resto de los casos, el porcentaje de no comisión se acerca o supera el 80%. Por lo que respecta a las conductas relativas al espacio físico, aunque son poco prevalentes en consonancia con la mayoría de las conductas infractoras en el ciberespacio, es interesante y llamativo que en el caso de la distribución de copias físicas y en el supuesto de plagio un 16,4% y un 17,3% respectivamente, admita que ha realizado alguna de estas dos conductas.

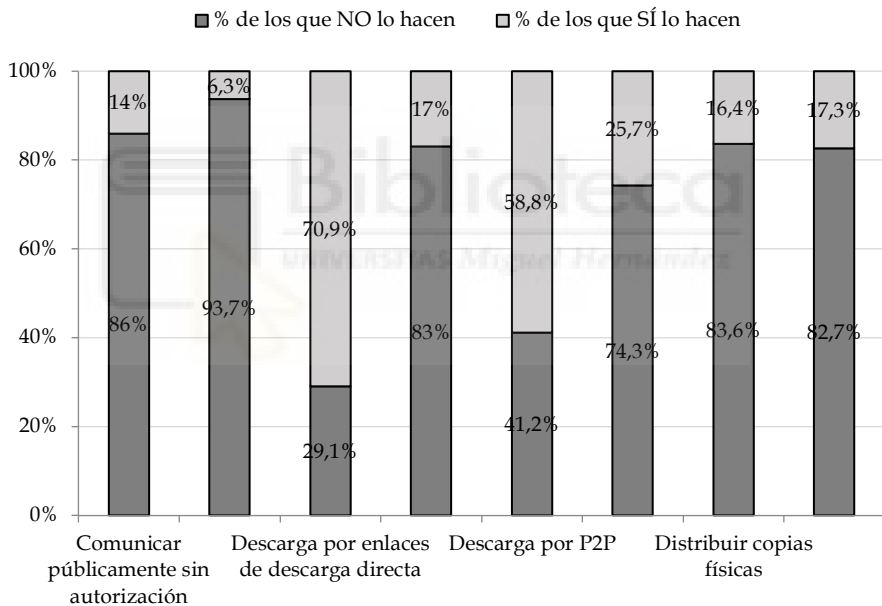


Figura 1. Frecuencias agrupadas de la comisión de las conductas infractoras de la propiedad intelectual

Tabla 3

Distribución de las frecuencias de las conductas que infringen los derechos de autor

| % Frecuencias | 0 | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |
|--|------|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| Comunicar públicamente | 86 | 5,6 | 2,6 | 1,7 | 1,1 | 1,3 | 0,5 | 0,4 | 0,5 | 0,2 | 0,1 |
| Comunicar públicamente a cambio de beneficio | 93,7 | 1,8 | 1,1 | 0,5 | 0,5 | 0,5 | 0,4 | 0,2 | 0,5 | 0,4 | 0,5 |
| Descarga enlaces | 29,1 | 11,8 | 7,8 | 8,5 | 6,3 | 6,7 | 6,3 | 6 | 6,3 | 4,1 | 7,1 |
| Puesta a disposición mediante <i>link</i> | 83 | 6,4 | 3 | 1,9 | 1,3 | 1 | 1,3 | 0,5 | 0,5 | 0,4 | 0,6 |
| Descarga por P2P | 41,2 | 10,8 | 6,4 | 6,2 | 4,7 | 5,2 | 4,9 | 5,6 | 5,2 | 2,4 | 7,2 |
| Compartir por P2P | 74,3 | 6,4 | 4,7 | 2,4 | 2,4 | 2,7 | 1,6 | 1,5 | 1,5 | 0,9 | 1,6 |
| Distribución de copias físicas | 83,6 | 6,3 | 3,5 | 2,2 | 1,1 | 1,3 | 0,7 | 0,6 | 0,2 | 0,2 | 0,1 |
| Plagio | 82,7 | 8,6 | 3,8 | 1,8 | 0,6 | 1,1 | 0,6 | 0,1 | 0,2 | 0,4 | - |

4.2. ANÁLISIS DESCRIPTIVOS DEL ENFOQUE DE LA DISUASIÓN

Certeza: percepción del riesgo de ser sancionado

Tal y como representa la Figura 2 la media en puntuaciones en la variable «certeza percibid» es por lo general relativamente baja. En este sentido, cuando a los participantes se les preguntaba por la probabilidad que creían tener de ser castigados por la comisión de estas conductas, la puntuación más alta corresponde a la de «comunicar públicamente a cambio de un beneficio» ($M= 4,71$; $DT= 3,37$), mientras que las más bajas corresponden a descargar mediante enlaces de descarga directa ($M= 1,83$; $DT= 2,59$) y descargar mediante programas P2P ($M= 1,82$; $DT= 2,6$).

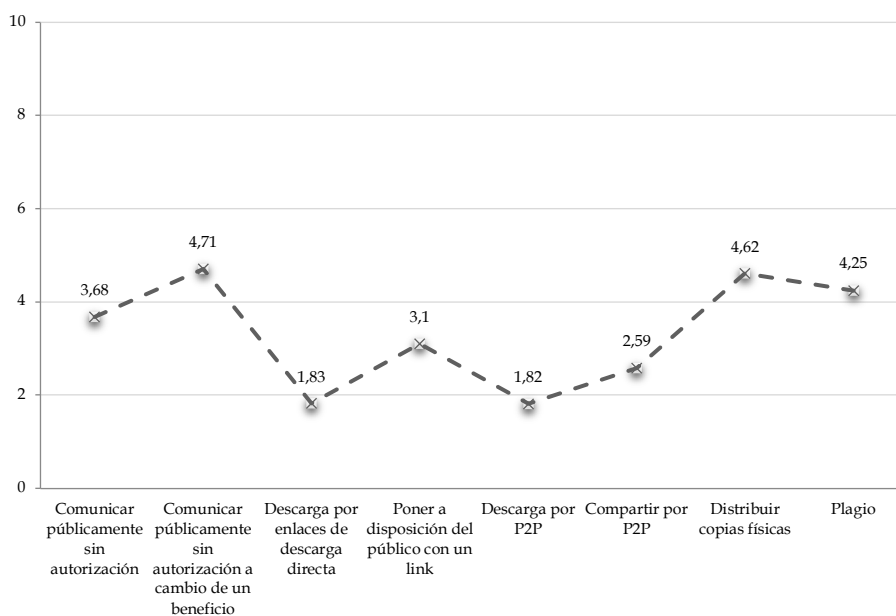


Figura 2. Distribución media de la variable «certeza» en cada conducta

Severidad percibida de las sanciones

En la variable «severidad percibida de las sanciones» se les ofreció a los participantes trece posibilidades de respuesta con el objetivo de que supieran qué sanción concreta creían que recibirían por la comisión de las conductas infractoras. Esta batería de respuestas iba desde «ninguna sanción porque no es ilegal» hasta la «prisión permanente revisable». En la Figura 3 podemos ver cómo efectivamente la mayoría de los participantes cree que la sanción aparejada a la comisión de las conductas evaluadas es la multa económica. No obstante, aunque en relación con la posibilidad de asignar «ninguna sanción» porque se cree que no es ilegal hay una gran variabilidad, respecto de las conductas de descargar tanto por medio de enlaces de descarga directa como por programas P2P entre el 30% y el 35% de los sujetos optan por esta posibilidad, porcentajes que no son nada desdeñables y que junto con la opción de la multa económica representan cerca del 80% de las

opciones elegidas por los participantes para estos dos casos. También importa señalar que aquellos que asignaban pena de prisión, optaban en su mayoría por la pena de prisión más baja de todas las propuestas que es «prisión de 3 meses a 1 año».

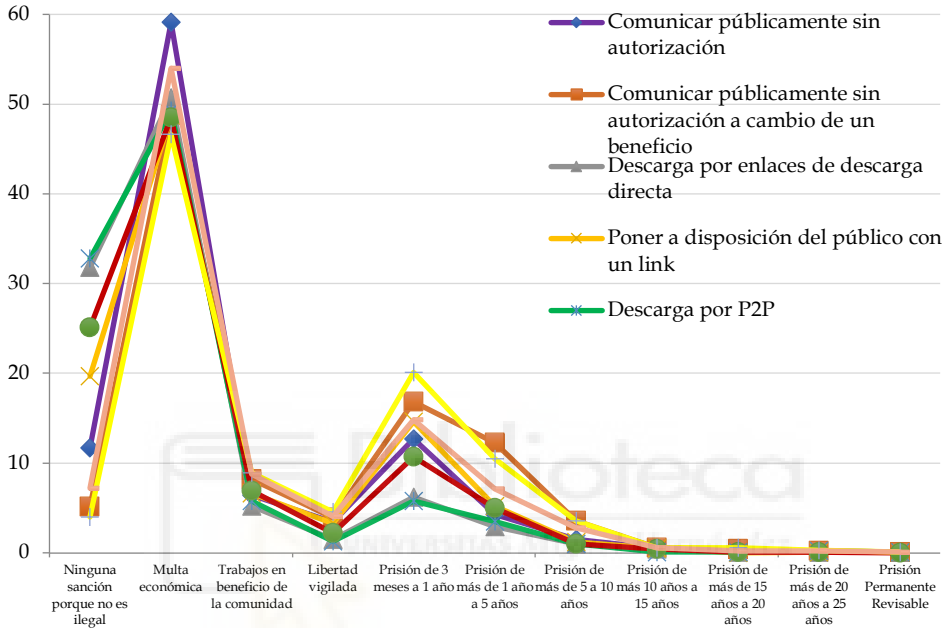


Figura 3. Distribución de la variable «severidad» (%).

4.3. ANÁLISIS DESCRIPTIVOS DE LAS VARIABLES DEL ENFOQUE DE LA INFLUENCIA SOCIAL Y DE LA LEGITIMIDAD

La descripción de las variables relativas a la influencia social muestra un claro efecto tercera persona. Así, mientras que las medias en la puntuación relativas a la frecuencia de la conducta que los sujetos admiten cometer son generalmente bajas, las puntuaciones más elevadas de todas se corresponden con la de descargar contenido a través de enlaces de descarga directa ($M=3,5$; $DT=3,3$) y descargar por medio de P2P ($M=2,91$; $DT=3,3$). Cuando a los sujetos se les preguntaba por cuantos de sus

amigos creen que realizan estas mismas conductas, la tendencia en las medias sube considerablemente. De hecho, en las dos conductas anteriormente señaladas, la media casi se multiplica por dos: para el caso de la descarga mediante enlaces los sujetos creen que sus amigos lo hacen mucho más que ellos mismos ($M=6,32$; $DT=3,3$), al igual que en el caso de la descarga mediante P2P ($M=6,18$; $DT=3,3$). Además, si en lugar de preguntar por el grupo de referencia, es decir, por los amigos, se pregunta por la gente en general, las medias continúan subiendo: $M=7,7$ ($DT=2,5$) en el caso de la descargar por medio de enlaces y $M=7,8$ ($DT=2,4$) en el caso de descarga a través de P2P. Dicho de otro modo, los participantes creen que las conductas que más frecuentemente dicen que ellos mismos realizan, sus amigos las realizan casi el doble.

En el caso de la norma prescriptiva, cuando a los participantes se les preguntaba por si creen que las conductas propuestas son desaprobadas por la gente de su entorno, las puntuaciones de media también son generalmente bajas. Pero destaca, por ejemplo, que las que se perciben como más desaprobadas por la gente del entorno son la comunicación pública a cambio de un beneficio ($M=4,59$; $DT=3,5$); la distribución de copias físicas ($M=4,18$; $DT=3,4$), y el plagio ($M=4,82$; $DT=3,5$), que son, asimismo, las que ellos dicen no realizar. Sin embargo, en el caso de las conductas de descargar mediante enlaces y a través de programas P2P, las medias bajan ($M=1,35$; $DT=2,6$; $M=1,29$; $DT=2,6$, respectivamente).

En el caso del juicio moral, se puede observar cómo gráficamente la tendencia de los datos se invierte en la misma dirección en la que lo hacía la norma prescriptiva, la cual no deja de ser el juicio moral del grupo. Las medias se presentan mucho más altas en el caso de la comunicación pública a cambio de beneficio ($M=8,2$; $DT=2,5$); distribuir copias físicas ($M=7,6$; $DT=2,7$) y plagiar ($M=8,1$; $DT=2,5$), es decir, son las conductas peores juzgadas en términos morales por la muestra. Sin embargo, este juicio moral se invierte en el caso de las conductas

que admiten que más llevan a cabo y cuyas medias bajan prácticamente a la mitad: descargar mediante enlaces (M= 4,3; DT=3,3) y mediante P2P (M= 4,2; DT=3,3). Toda esta información comparada se ha resumido en la Figura 4 y la Tabla 4.

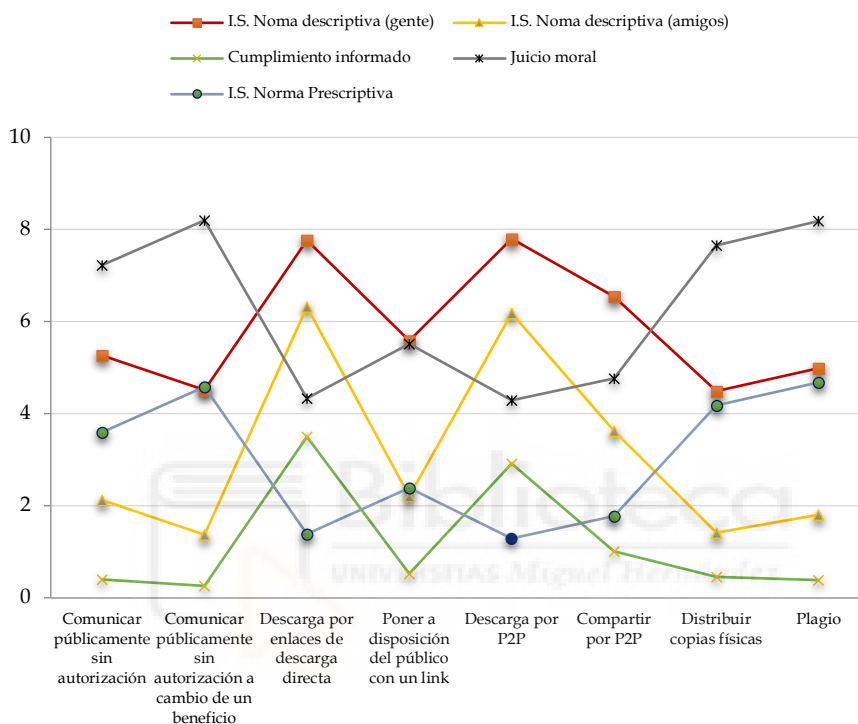


Figura 4. Distribución de las medias en las variables a) «cumplimiento (línea amarilla)», b) «norma descriptiva (amigos; línea naranja)», c) «norma descriptiva (gente; línea roja)», «norma prescriptiva» (línea azul) y «juicio moral» (línea verde).

Tabla 4

Distribución de las medias de las variables «norma descriptiva», «norma descriptiva», «norma prescriptiva», «juicio moral» y «cumplimiento».

| Conducta | Norma prescriptiva | Norma descriptiva (gente) | Norma descriptiva (amigos) | Juicio moral | Cumplimiento |
|--|--------------------|---------------------------|----------------------------|--------------|--------------|
| Comunicar públicamente sin autorización | 3,6 | 5,26 | 2,13 | 7,23 | 0,4 |
| Comunicar públicamente sin autorización a cambio de un beneficio | 4,59 | 4,52 | 1,37 | 8,2 | 0,26 |
| Descarga por enlaces de descarga directa | 1,39 | 7,77 | 6,32 | 4,34 | 3,5 |
| Poner a disposición del público con un link | 2,39 | 5,59 | 2,21 | 5,52 | 0,53 |
| Descarga por P2P | 1,29 | 7,8 | 6,18 | 4,29 | 2,91 |
| Compartir por P2P | 1,77 | 6,54 | 3,63 | 4,77 | 1,01 |
| Distribuir copias físicas | 4,18 | 4,49 | 1,41 | 7,65 | 0,45 |
| Plagio | 4,68 | 4,99 | 1,81 | 8,19 | 0,39 |

4.4. ANÁLISIS BIVARIANTE

Una vez realizados los análisis descriptivos de las variables observadas en este estudio se procedió a realizar un análisis bivalente entre la variable «cumplimiento informado» con las variables del enfoque clásico de la disuasión, y las variables de influencia social y legitimidad. Las relaciones se llevaron a cabo mediante el coeficiente de correlación de *Pearson*, donde las variables de «cumplimiento informado» de las conductas se dicotomizaron (0= Incumple; 1= Cumple).

Tal y como se muestra en la Tabla 5, para la totalidad de las conductas las relaciones más robustas se presentan entre la variable «cumplimiento informado» y la norma prescriptiva (desaprobación social) y legitimidad (juicio moral) de signo

negativo. Esto significa que cuanto más se percibe que la conducta está desaprobada socialmente, y que, a peor es el juicio moral que realiza el sujeto sobre la conducta, menos frecuencia de la misma. Como consecuencia de estos resultados, tanto la H2a) y H3 se pueden aceptar. Pero también, la variable «cumplimiento informado» se relaciona significativamente con la norma descriptiva, más aún cuando el grupo de referencia se concreta en los «amigos», con lo que también se da por aceptada la H2b). No obstante, los resultados de la correlación de *Pearson* más significativos son los relativos a la descarga mediante enlaces de descarga directa y mediante programas P2P. Por último, respecto de las variables del enfoque de la disuasión, la severidad se relaciona estadísticamente con las conductas de compartir por medio de P2P y con el plagio, mientras que la certeza se relaciona con la distribución de copias físicas y con el plagio. Si bien, las relaciones se presentan como especialmente débiles por lo que la H1a) y la H1b) solo se pueden aceptar parcialmente como consecuencia de la prudencia que exigen los datos que se reflejan en la Tabla 5.

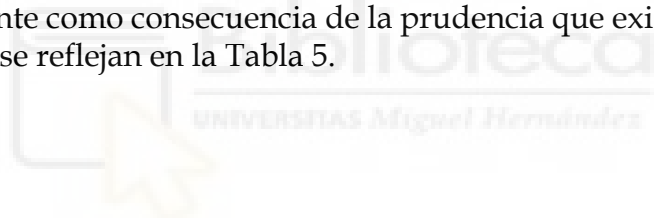


Tabla 5

Correlaciones de Pearson entre la trasgresión de los derechos de autor y las variables de los enfoques de la disuasión, la influencia social y la legitimidad

| Valores de correlación de Pearson | | | | | | |
|--|-----------|-----------|----------------------|---------------------------|----------------------------|--------------|
| Frecuencia | Severidad | Certeza | Desaprobación Social | Norma descriptiva (gente) | Norma descriptiva (amigos) | Juicio moral |
| Comunicar públicamente sin autorización | -0,012 | -0,03 | -,115 (**) | ,110 (**) | ,226 (**) | -,131 (**) |
| Comunicar públicamente a cambio de beneficio | -0,054 | -0,039 | -0,061 | ,140 (**) | ,216 (**) | -0,064 |
| Descarga por enlaces de descarga directa | 0,042 | -0,022 | -,154 (**) | ,364 (**) | ,451 (**) | -,208 (**) |
| Puesta a disposición mediante link | -0,051 | -0,027 | 0,001 | ,128 (**) | ,230 (**) | -,086 (*) |
| Descarga por P2P | 0,009 | -0,045 | -,078 (*) | ,348 (**) | ,445 (**) | -,181 (**) |
| Compartir por P2P | -,078 (*) | -0,056 | -0,03 | ,221 (**) | ,365 (**) | -,165 (**) |
| Distribución física de copias | 0,029 | -,073 (*) | -,107 (**) | ,122 (**) | ,235 (**) | -,138 (**) |
| Plagio | -,074 (*) | -,085 (*) | -,111 (**) | ,156 (**) | ,310 (**) | -,223 (**) |

4.5. MODELIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS

Tras la observación de los resultados del análisis bivalente y para la consecución de los objetivos específicos planteados en esta investigación, se procedió a la modelización únicamente de las dos conductas que se han mostrado más prevalentes en el estudio: las descargas mediante enlaces de descarga directa y descarga por medio de P2P. Para ello, se empleó el método de construcción por pasos hacia delante, teniendo en cuenta como variable dependiente para el modelo el cumplimiento de ambas conductas, y como variables predictoras la certeza, la severidad, la norma descriptiva, la norma prescriptiva y el juicio moral.

Modelización del cumplimiento de las descargas por medio de enlaces de descarga directa

Para la construcción del primer modelo, y de acuerdo con los valores OR, las únicas variables de los enfoques de cumplimiento que han entrado a formar parte del modelo como predictoras son el comportamiento del grupo de referencia y el juicio moral. De manera que, cuantos más amigos se percibe que lo hacen y cuanto menos reprochable se considera el comportamiento, mayor probabilidad de realización. Finalmente, el coeficiente de determinación generalizado R^2 de Nagelkerke presenta un valor de 0,242, considerado de una magnitud moderada.

Tabla 6

Modelo de regresión logística para la probabilidad de cumplir con los derechos de autor en el caso de las descargas mediante enlaces de descarga directa

| Modelo | B | E.T | WALD | P | OR | IC 95% |
|-------------------|--------|-------|--------|------|-------|---------------|
| Norma descriptiva | ,253 | ,025 | 98,694 | ,000 | 1,288 | [1,226-1,354] |
| grupo | | | | | | |
| Juicio moral | ,121 | 0,025 | 23,133 | ,000 | 1,129 | [1,075-1,186] |
| Constante | -1,212 | ,202 | 36,036 | ,000 | ,298 | |

Modelización del cumplimiento de las descargas por medio de programas P2P

Para el modelo relativo al cumplimiento de las descargas por medio de programas de P2P, al igual que en el caso anterior, las dos únicas variables que han entrado a formar parte del modelo son la norma descriptiva, en cuanto a grupo de referencia, y el juicio moral. Por último, el coeficiente de determinación generalizado R^2 de Nagelkerke es de 0,215.

Tabla 7

Modelo de regresión logística para la probabilidad de cumplir con los derechos de autor en el caso de las descargas mediante programas P2P

| Modelo | B | E.T | WALD | P | OR | IC 95% |
|-------------------------|--------|-------|---------|------|-------|---------------|
| Norma descriptiva grupo | ,243 | ,024 | 100,536 | ,000 | 1,275 | [1,216-1,337] |
| Juicio moral | ,093 | 0,023 | 15,937 | ,000 | 1,097 | [1,048-1,148] |
| Constante | -1,624 | ,205 | 62,874 | ,000 | ,197 | |

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En el presente estudio se ha sometido a análisis el tradicional enfoque de la disuasión con respecto al cumplimiento de normas relativas a la protección de la propiedad intelectual y desde la toma en consideración de otros enfoques explicativos como los de la influencia social y la legitimidad. De acuerdo con los resultados, la frecuencia de comisión de las principales conductas infractoras de derechos de autor en la muestra es baja, a excepción de la conducta de descargar mediante enlaces de descarga directa y redes P2P, para las cuales la prevalencia roza el 70% y el 60% respectivamente. Así, desde una perspectiva descriptiva, se ha podido comprobar cómo la severidad percibida no es elevada, ya que los sujetos tienen la creencia que en caso de que alguien sea detenido por alguna de estas conductas, el castigo correspondiente sería la multa económica. En el caso de la certeza percibida también resulta interesante

observar cómo los participantes mantienen unas puntuaciones bajas, especialmente en las dos conductas más prevalentes. Estos resultados muestran que, a *priori*, la severidad y la certeza percibidas, dimensiones fundamentales del enfoque tradicional de la disuasión, no tienen el protagonismo que el mismo les da para explicar por qué las personas deciden infringir los derechos de autor. Sobre todo, si aceptamos que la propiedad intelectual es un ámbito en el que, por un lado, las oportunidades de infringir son elevadas⁹⁹⁷ y, por otro, si tenemos en cuenta que los propios sujetos perciben que no van a ser detenidos ni castigados, y si lo fueran, sería en última instancia con una mera multa económica.

Lo dicho hasta aquí supone que ni la severidad ni la certeza tiene una relación estadísticamente significativa con el cumplimiento de los derechos de autor, a excepción de la conducta de compartir contenidos mediante P2P, que sí se relaciona negativamente con la severidad, pero no con la certeza; o la distribución de copias físicas, que se relaciona con la certeza, pero no con la severidad; o el plagio, que se relaciona tanto con la severidad como con la certeza. No obstante, cabe advertir que estas relaciones son especialmente débiles como muestran sus respectivos coeficientes de correlación. Resultados convergentes se han encontrado en el estudio llevado a cabo por SINHA y MANDEL en el que concluyeron que incrementar el riesgo y/o las consecuencias legales sobre conductas de piratería no disuade a los sujetos, especialmente de aquellos que muestran una alta tolerancia al riesgo⁹⁹⁸. En el mismo sentido, LAROSE y sus colaboradores determinaron que la conducta de descargar contenidos por medio de P2P estaba relacionada con la habilidad para evitar el castigo por realizar la conducta⁹⁹⁹. Igualmente, en el estudio de GOPAL ET. AL. no se encontraron

⁹⁹⁷ TYLER, T. R., «Compliance with Intellectual...», *ob. cit.*

⁹⁹⁸ SINHA, R. K., y MANDEL, N., «Preventing digital...», *ob. cit.*

⁹⁹⁹ LAROSE, R., *et al.*, «Sharing or Piracy? An exploration of Downloading Behavior», en *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 11, 2005.

evidencias sobre el efecto disuasorio en las intenciones de descargar de sus participantes¹⁰⁰⁰. Ahora bien, también se han encontrado resultados contrarios donde se comprueba cómo anunciar la sanción formal asociada a la conducta reduce la intención de descargar, pero más aún anunciar sanciones informales¹⁰⁰¹, u otras investigaciones que encontraron que aumentando la certeza percibida se podía reducir las intenciones de infringir, pero no se puede esperar que la severidad y certeza percibidas por sí mismas sean suficientes¹⁰⁰².

En cuanto a las variables de influencia social y legitimidad, como se ha recogido con los resultados, los sujetos consideran que tanto sus amigos como la gente, de manera general, realizan estas conductas en mayor medida que ellos mismos. Esto es lo que en la literatura se ha denominado el «efecto tercera persona», y que explica la mayor atribución de comisión de conductas antisociales entre el sujeto evaluado y el resto de las personas, ya sean próximas o ajenas¹⁰⁰³. Por otro lado, en el caso de las conductas de descargar ilegalmente mediante enlaces de descarga directa y programas P2P, el juicio moral es mucho más positivo que el juicio que se realiza sobre el resto de las conductas. Esto, además, nos lo confirma el análisis bivalente realizado, de acuerdo con el cual las relaciones más importantes se presentan precisamente entre el cumplimiento informado y las normas prescriptiva y descriptiva y el juicio moral. Dicho de otra manera, a mayor percepción de la comisión de la conducta por los demás y mayor percepción de que la conducta está aprobada socialmente, mayor comisión del participante. Y en sentido contrario, a menor reprochabilidad moral se asocia a la

¹⁰⁰⁰ GOPAL, R. D., *et al.*, «Behavioral Model of Digital Music Piracy», en *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, vol. 14, núm. 2, 2004.

¹⁰⁰¹ FELDMAN, Y., y NADLER, J., «Expressive Law...», *ob. cit.*; LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., y MANOLIS, C., «Deterring illegal...», *ob. cit.*

¹⁰⁰² ROBERSTON, K., *et al.*, «Illegal Downloading...», *ob. cit.*

¹⁰⁰³ CHEN, H., *Third Person Effect and Internet Privacy Risks*, Tesis doctoral, 2017; DAVISON, P., W., «The third-person effect in communication», en *Public Opinion Quarterly*, vol. 47, núm. 1, 1983.

conducta, mayor incumplimiento. Asimismo, podemos alinear estos resultados con los obtenidos por SCHULTZ sobre las normas sociales existentes en materia de propiedad intelectual¹⁰⁰⁴ o con el trabajo de WINGROVE *ET AL.* en el que compararon todos los factores asociados al cumplimiento entre conductas contra la propiedad intelectual y conductas como hurtar un CD físicamente, mostrando diferencias abrumadoras entre descargar ilegalmente archivos y sustraer un CD, tanto por lo que se refiere a las variables de la teoría de la disuasión, la influencia social y la moral¹⁰⁰⁵. Hay que mencionar, además, que nuestra modelización de las conductas de descargar archivos ya sea a través de enlaces de descarga directa o de redes P2P, ha incluido como variables predictoras la influencia social y la legitimidad, y en ningún caso la severidad o la certeza percibidas. Algo semejante sucede con el estudio de LAROSE *et. al.*, quienes sostienen que lo que realmente nos motiva a respetar o no los derechos de autor poco tiene que ver con las características formales del castigo¹⁰⁰⁶.

Antes de finalizar, resulta necesario hacer un breve apunte a determinadas limitaciones que se han de considerar a la hora de interpretar los resultados. En primer lugar, se debe admitir el sesgo de la muestra únicamente con usuarios de Facebook, donde también la gran mayoría son mujeres y con estudios universitarios, la longitud del cuestionario o el tipo de ítems utilizados. En relación con éstos últimos, también resulta preciso especificar que, aunque han respondido a los empleados en otras investigaciones sobre cumplimiento normativo, sería recomendable analizar si otra operativización sería más

¹⁰⁰⁴ SCHULTZ, M. F., «Fear and Norms and Rock & Roll: What Jambands can Teach Us about Persuading People to Obey Copyright Law», en *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 31, 2006.

¹⁰⁰⁵ WINGROVE, T., KORPAS, A. L., y WEISZ, V., «Why were millions of people not obeying the law? Motivational influences on non-compliance with the law in case of music piracy», en *Psychology, Crime & Law*, vol. 17, núm. 3, 2011.

¹⁰⁰⁶ LAROSE, R., *et al.*, «Sharing or Piracy?...», *ob. cit.*

adecuada. Pese a ello, un diseño de investigación como el propuesto permite sospechar que la relación entre el cumplimiento y los factores psicosociales son cada vez más una base de evidencias sobre las que repensar el fenómeno del cumplimiento normativo más allá del enfoque tradicional de la disuasión. Esto cobra especial sentido si, además, estas evidencias se presentan respecto de conductas que, pese a ser contrarias a las normas, están comúnmente aceptadas. Por todo lo anterior, es difícil que la industria y el legislador puedan hacer frente al volumen de estas conductas si previamente no tienen en cuenta que no todos los comportamientos desviados son iguales, por lo que, en consecuencia, las estrategias preventivas no pueden ser las mismas. En este sentido, se debe destacar la imprescindible necesidad de conocer el comportamiento humano frente a determinados ámbitos con el objetivo de abordar un enfoque preventivo mucho más eficaz, teniendo en cuenta todas las evidencias empíricas en esta materia, porque si se siguen ignorando las mismas, la protección de la propiedad intelectual en nuestra sociedad actual será la crónica de una ineficacia anunciada.

UNIVERSITAS Miguel Hernández



ESTUDIO 2. ¿POR QUÉ INCUMPLEN ELLAS LAS NORMAS PENALES EN INTERNET? APROXIMACIÓN AL «GÉNERO DEL CIBERCRIMEN» DESDE EL ANÁLISIS DE LAS INFRACCIONES DE PIRATERÍA DIGITAL

1. LA BRECHA DE GÉNERO EN EL CIBERCRIMEN

Posiblemente uno de los escasos acuerdos en la investigación criminológica sea el relativo a la brecha de género en el crimen o *gender gap*¹⁰⁰⁷ en el sentido de que los hombres cometen más delitos que las mujeres. Esta brecha se hace más amplia y

¹⁰⁰⁷ STEFFENSMEIER, D., y ALLAN, E., «Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending», en *Annual Review of Sociology*, vol. 22, 1996; HEIMER, K., «Changes in the gender gap in crime and women's economic marginalization», en *Criminal Justice 2000. The Nature of Crime: Continuity and Change*, United States Department of Justice, Office of Justice Programs, Washington DC, 2000; DAIGLE, L. E., CULLEN, F. T., y WRIGHT, J. P., «Gender differences in Predictors of Juvenile Delinquency. Assessing the Generality-Specificity Debate», en *Youth Violence and Juvenile Justice*, vol. 5, núm. 3, 2007; MOFFIT, T., ET AL., *Sex differences in antisocial behavior. Conduct disorder, delinquency, and violence in the Dunedin longitudinal study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, ob. cit.; REALPE QUINTERO, M. F., y SERRANO MAÍLLO, A., «La brecha de género en la criminalidad. Un test de la teoría del poder-control mediante modelos de ecuaciones estructurales con datos del Estudio de Delincuencia Juvenil de Cali», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 18-21, 2016; BARBERET, R., *Women, Crime and Criminal Justice. A global enquiry*, Routledge, New York, 2014; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., y Díez RIPOLLÉS, J. L., «La perspectiva de género en el tratamiento y prevención de la delincuencia femenina», en MIRÓ LLINARES, F., AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., MEDINA SARMIENTO, J. E., Y SUMMERS, L. (EDS.), *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Dykinson, Madrid, 2015.

evidente respecto de los crímenes de mayor violencia¹⁰⁰⁸, al margen de la discusión de si las estadísticas sobre arrestos y personas en la cárcel o las encuestas de criminalidad auto revelada pueden dar mejor o peor cuenta de esta brecha¹⁰⁰⁹, así como la que empieza a tener lugar respecto del estrechamiento de la brecha de género en relación con crímenes más violentos, algo que algunos autores ya han hipotetizado y tratado de mostrar que se debe, no ya tanto a que las mujeres cometan más crímenes violentos, sino más bien al *crime drop* que se está produciendo en los delitos cometidos por los hombres¹⁰¹⁰. El por qué las mujeres incumplan o trasgreden menos las normas que los hombres es, por tanto, una línea de investigación evidente y necesaria. Así, la Criminología feminista ha ocupado un rol nuclear en esta pregunta de investigación¹⁰¹¹, especialmente a partir de los trabajos de ADLER¹⁰¹² y SIMON¹⁰¹³.

Pese a que son varias las críticas procedentes de la Criminología feminista¹⁰¹⁴ en relación con la investigación sobre

¹⁰⁰⁸ HEIMER, K., LAURITSEN, J. L., y LYNCH, J. P., «The national Crime Victimization Survey and the Gender Gap in Offending: redux», en *Criminology*, vol. 47, núm. 2, 2009.

¹⁰⁰⁹ HEIMER, K., y DECOSTER, S., «The gendering of violent delinquency», en *Criminology*, vol. 37, 1999.

¹⁰¹⁰ BEATON, T., KIDD, M. P., y MACHIN, S., «Gender crime convergence over twenty years: Evidence from Australia», en *European Economic Review*, vol. 109, 2018.

¹⁰¹¹ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., «Criminalidad organizada y género. ¿Hacia una redefinición del papel de la mujer en el seno de las organizaciones criminales?, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2010.

¹⁰¹² ADLER, F., *Sisters in Crime*, Waveland Press, Prospect Heights, ILL, 1975.

¹⁰¹³ SIMON, R., *Women and crime*, Lexington Books, Lexington, 1975.

¹⁰¹⁴ Si bien, tal y como explican BARBERET y LARRAURI hay diversas corrientes de la Criminología feminista, esto es, no se trata de un concepto que haga referencia a un único movimiento, tendencia y postulados. Sin embargo, todas las corrientes feministas compartirían seis grandes principios: «(1) demostrar que “existen” las mujeres, ya sea como transgresoras, víctimas y profesionales de la justicia penal; (2) destacar que

«crimen y género»¹⁰¹⁵, es una la que nos interesa resaltar aquí: la relativa a la discusión en torno a si las teorías criminológicas tradicionales explicativas del crimen son suficientes para explicar también el crimen de las mujeres ya que, precisamente la baja prevalencia de ellas en la comisión de delitos ha tenido como consecuencia que las teorías estén basadas en la delincuencia masculina¹⁰¹⁶. Efectivamente, desde que se empezara a investigar la relación entre el crimen y género, se empezó a cuestionar también si las teorías criminológicas tradicionales eran suficientes para explicar el crimen cometido por mujeres al haber tomado tradicionalmente como paradigma del crimen al hombre, esto es, si eran neutrales en su explicación y, por tanto, generalizables¹⁰¹⁷, o si en cambio había que derivar

el género no es solamente una variable sino un sistema, pues el patriarcado - la subordinación de las mujeres a los hombres- es una forma de discriminación; (3) afirmar que la masculinidad es un tema de estudio feminista, pues en cuanto a la etiología de la delincuencia, la masculinidad tradicional "tóxica" -la que hace hincapié en la agresividad, la toma de riesgos, la dominación, la fuerza física y la ambición y los valores culturales -puede ser criminógena; (4) practicar la reflexividad, lo que conocemos o aceptamos como conocimiento a menudo es el resultado del poder, el privilegio y la dominación, y nunca es completamente objetivo; (5) guiarse por los objetivos del "action research", así nuestros métodos de investigación feminista se centran en la posibilidad y la necesidad del cambio, sirve *para* las mujeres (para fomentar la igualdad de género) en lugar de realizarse meramente *sobre* las mujeres; y (6) preocuparse porque la investigación no debe comprometer la seguridad, protección y dignidad de las mujeres» (BARBERET, R., y LARRAURI, E., «Métodos de investigación feministas», en BARBERET, R., BARTOLOMÉ, R., y FERNÁNDEZ-MOLINA, E. (COORDS.), *Metodología de investigación en Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 275).

¹⁰¹⁵ *Ibid*; SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*; SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina. Un estudio sobre tendencia, control y prevención diferenciales desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

¹⁰¹⁶ DAIGLE, L. E., CULLEN, F. T., y WRIGHT, J. P., «Gender differences...», *ob. cit.*

¹⁰¹⁷ SÁNCHEZ, M. N., «La mujer en la teoría criminológica», en *La Ventana*, núm. 20, 2004; DE COSTER, S., HEIMER, K., y CUMLEY, S. R., «Gender and Theorys of Delinquency», en CULLEN, F. T., y WILCOX, P., *The Oxford*

nuevas teorías que se centraran en explicar únicamente el crimen femenino en atención a sus particularidades¹⁰¹⁸.

Siguiendo la revisión de la literatura llevada a cabo por KRUTTSSCHNITT¹⁰¹⁹ quien recoge el testigo de la revisión previamente realizada por STEFFENSMEIER y ALLEN¹⁰²⁰ en la *Annual Review of Sociology*, han sido tres las formas de aproximarse a la cuestión. La primera, la de aquellos estudios que han trabajado con los conceptos centrales de las teorías y comprobado que los mecanismos causales son los mismos en hombres que en mujeres, a pesar de las diferencias en las prevalencias¹⁰²¹. La segunda se concreta en analizar si cada teoría en específico es suficientemente adecuada para explicar también el crimen femenino, destacando en la literatura la puesta a prueba de la *General Strain Theory* y la teoría del autocontrol de GOTTFREDSON y HIRSCHI^{1022/1023}. En cuanto a la

Handbook of Criminological Theory, Oxford University Press, New York, 2013; KRUTTSSCHNITT, C., «Gender and Crime», en *Annual Review of Sociology*, núm. 29, 2013; SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

¹⁰¹⁸ BARBERET, R., *Women...*, *ob. cit.*

¹⁰¹⁹ KRUTTSSCHNITT, C., «Gender and...», *ob. cit.*

¹⁰²⁰ STEFFENSMEIER, D., y ALLAN, E., «Gender and Crime...», *ob. cit.*

¹⁰²¹ BELL, K. E., «Gender and Gangs. A Quantitative Comparison», en *Crime & Delinquency*, vol. 55, núm. 3, 2009.

¹⁰²² GOTTFREDSON, M. R., y HIRSCHI, T., *A General Theory of Crime*, Standford University Press, Standford, 1990.

¹⁰²³ También resulta interesante señalar que la literatura más reciente trata de poner a prueba otras teorías como la de la elección racional o de la acción situacional. En este sentido, NEISSL, BOTCKOVAR, ANTONACCIO y HUGHES a través del análisis de 735 entrevistas de Rusia y Ucrania, encontraron que las variables de esta teoría (*risk and reward*), operan de manera muy similar entre hombres y mujeres (NEISSL, K., BOTCHKOVAR, E. V., ANTONACCIO, O., y HUGHES, L. A., «Rational Choice and the Gender Gap in Crime: Establishing the Generality of Rational Choice Theory in Russia and Ukraine», en *Justice Quarterly*, vol. 36, núm. 6, 2019). Por otro lado, WEERMAN, BERNASCO, BRUINSMA y PAUWELS investigaron en qué medida la Teoría de la Acción Situacional (*Situational Action Theory*), podía explicar las diferencias de género en la delincuencia, a partir del Estudio de Pares, Actividades y Vecindarios (*Study of Peers, Activities, and Neighborhoods*, SPAN), tomando en

primera, ésta explica que hombres y mujeres están sometidos a tensiones diferentes, en concreto, que los hombres están expuestos a tensiones y respuestas emocionales estresantes que conducen a la delincuencia¹⁰²⁴. En cuanto a la segunda, la misma explica que la diferencia entre ambos sexos y el crimen se explica a partir de la diferente educación y socialización de hombres y mujeres¹⁰²⁵. Sin embargo, la puesta a prueba de las hipótesis que lanzan estas teorías en cuanto al género, tal y como explica KRUTTSSCHNITT ha dado lugar a hallazgos mixtos¹⁰²⁶. Por último,

cuenta variables como la moralidad, autocontrol, actividad de pares no supervisada y desviación de pares, así como las relaciones familiares y con la escuela, y la vigilancia parental. De conformidad con sus resultados, los autores confirmaron que había diferencias entre el nivel de delincuencia entre chicos y chicas, concretamente, que los chicos tenían un nivel de delincuencia tres veces mayor que las chicas, así como que también había diferencias en torno a las variables independientes que podían explicar la brecha. Así, las chicas estaban más supervisadas por sus padres, y tenían de media mayores niveles de autocontrol y moralidad, así como pocos iguales que rompieran las reglas. Asimismo, de sus análisis de regresión encontraron que los elementos centrales de la Teoría de la Acción Situacional servían para explicar tanto la delincuencia femenina como masculina (WEERMAN, F. M., BERNASCO, W., BRUINSMA, G. J. N., y PAUWELS, L. J. R., «Gender Differences in Delinquency and Situational Action Theory: A Partial Test», en *Justice Quarterly*, 2015, <http://dx.doi.org/10.1080/07418825.2015.1064987>).

¹⁰²⁴ BROIDY, L., y AGNEW, R., ««Gender and crime: A general strain theory perspective», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 34, núm. 3, 1997.

¹⁰²⁵ BARTOLOMÉ, R., *et al.*, «Los Factores de Protección frente a la Conducta Antisocial: ¿Explican las diferencias en violencia entre chicas y chicos?», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, 2009.

¹⁰²⁶ KRUTTSSCHNITT, C., «Gender and...», *ob. cit.*, p. 296. Concretamente, hace referencia a estudios que mostrarían que la confirmación de las hipótesis es parcial y depende de otras variables. Así, con respecto a la General Strain Theory indica: «Cuando la relación tensión-delincuencia se mide sólo con la presencia de acontecimientos vitales adversos, la relación se mantiene para la delincuencia general independientemente del género del encuestado. Sin embargo, cuando las respuestas emocionales a los acontecimientos vitales negativos se modelan como variables mediadoras, tanto las respuestas emocionales como las conductuales a la tensión varían significativamente según el género. Por su

el tercer enfoque de la investigación ha tratado de examinar si las mismas covariables estructurales pueden explicar las tasas de los delitos cometidos por mujeres (a saber, la pobreza, ingresos desiguales, hogares encabezados por mujeres, desempleo, matrimonio-divorcio, etc.). De conformidad con los estudios analizados por KRUTTSSCHNITT¹⁰²⁷ estas variables tienen «en gran medida» los mismos efectos en las tasas de delincuencia femenina y masculina. En este sentido, el análisis del estado del arte de la cuestión lleva al autor a indicar que, frente a la pregunta de si necesitamos derivar teorías separadas para explicar el crimen de cada uno de los géneros, hay evidencia científica disponible que muestra que la mayoría de los elementos centrales de los correlatos teóricos de la delincuencia (una mala crianza, bajo autocontrol, pares delincuentes, etc.) son invariables al género¹⁰²⁸.

Pese a que no resulta descabellado afirmar, por tanto, que los hombres cometen más delitos que las mujeres y que los elementos centrales de las teorías del crimen pueden explicar la

parte, también hace referencia a los resultados mixtos de la teoría del autocontrol. Así, explica que «aunque los resultados varían un poco dependiendo de las medidas de autocontrol y comportamiento antisocial, hay pruebas de invariabilidad de género en los efectos del bajo autocontrol sobre la delincuencia. Sin embargo, el modo en que el autocontrol interactúa con las oportunidades de delinquir puede diferir según el género» (p. 296)

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ A esta conclusión similar llegaban SMITH y PATERNOSTER cuando sugirieron precisamente que en ese momento la crítica sobre la necesidad de derivar teorías específicas era algo prematura en la medida en que el conocimiento empírico en la cuestión era todavía escaso, pero que, en todo caso, el hecho de que las teorías estarán basadas en la delincuencia masculina no significaba que no pudieran explicar la delincuencia femenina (SMITH, D. A., y PATERNOSTER, R., «The gender gap in theories of deviance: Issues and evidence», en *Journal of Resarch in Crime and Delinquency*, vol. 24, núm. 2, 1987). En este sentido, en MOFFIT *et. al.* ya indicaron en su estudio que, por un lado, las diferencias de género en el crimen es una cuestión más de grado que de cualidad y, por otro, que en realidad los factores de riesgo de la criminalidad son válidos para ambos géneros (MOFFIT, T., *et al.*, *Sex differences in...*, *ob. cit.*).

delincuencia en general, ¿puede decirse lo mismo en el caso del cibercrimen? El hecho de que la brecha de género se haya estudiado tradicionalmente con respecto a los delitos que ocurren en el espacio físico y que requieren de una cierta violencia física, elemento esencial que, sin embargo, desaparece en el ciberespacio como un ámbito de oportunidad criminal distinto con unas características muy concretas como el anonimato, la lejanía con respecto a la víctima, la escasa percepción de poder ser sancionado, etc.¹⁰²⁹, ¿habrá acortado la brecha de género en este nuevo ámbito de perpetración criminal? ¿afectará todo ello al cumplimiento de las normas en el sentido de que las mujeres las infrinjan en la misma medida que los hombres y que, asimismo, los enfoques de cumplimiento sean neutrales al género en su explicación?

En este sentido, desde que se popularizara Internet, la literatura sobre crimen y género debe afrontar también ahora la pregunta de investigación relativa a si esta misma brecha de género se produce en el ciberespacio y, por tanto, los hombres cometen más cibercrímenes (y de qué tipo) que las mujeres. El ciberespacio y su constitución como un ámbito de oportunidad criminal¹⁰³⁰ somete a un nuevo desafío a la explicación criminológica, ahora del cibercrimen, por la imposibilidad del contacto físico que es necesario para perpetrar determinados crímenes en el espacio físico, y donde se ha comprobado que pueden tener un papel central explicativo variables como el bajo autocontrol¹⁰³¹, la socialización, el estrés o la tensión social¹⁰³², del mismo modo que también modifica la oportunidad

¹⁰²⁹ MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, *ob. cit.*; MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender in predicting the willingness to engage in digital piracy among college students», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009.

¹⁰³⁰ MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, *ob. cit.*

¹⁰³¹ BURTON, V. S., *et al.*, «Gender, self-control, and crime», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 35, núm. 3, 1998.

¹⁰³² BROIDY, L., y AGNEW, R., ««Gender and crime...», *ob. cit.*

criminal¹⁰³³. Esta cuestión es todavía más pertinente con respecto a los cibercrímenes que se pueden considerar como conductas normativas, realizadas por una gran parte de la población como es el caso de la piratería digital¹⁰³⁴.

En este sentido, surgen, al menos, dos nuevos interrogantes en relación con la brecha de género y el cibercrimen no tan estudiada en la literatura. El primero es si la brecha de género claramente observada en el espacio físico también se da en el ciberespacio. En caso afirmativo, el segundo interrogante sería si son válidas las mismas explicaciones criminológicas, así como si pueden influir otros factores relacionados con el propio ámbito que supone el ciberespacio.

Algunos estudios han apuntado a que el cibercrimen es también un fenómeno de hombres¹⁰³⁵, especialmente si se trata

¹⁰³³ MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, *ob. cit.*

¹⁰³⁴ MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender...», *ob. cit.* Bajo el concepto de piratería digital se engloban un conjunto de conductas que vulneran los contenidos protegidos por la propiedad intelectual y que incluye más conductas que las que tradicionalmente se analiza como la descarga ilegal de música o de películas. Así, según EDWARDS y BOSSLER la piratería digital se puede definir como una forma de cibercrimen que abarca la copia ilegal de contenido digital tales como los programas informáticos, grabaciones de sonido digitales y grabaciones de vídeo digital sin permiso explícito del titular del derecho de autor (EDWARDS, T., y BOSSLER, A., «Criminology's contribution to the study of digital piracy», en CALDWELL BROWN, S., y HOLDT, T. J. (EDS.), *Digital Piracy. A Global, multidisciplinary Account*, Routledge, London, 2018). Sobre las infracciones de la propiedad intelectual véase en profundidad MIRÓ LLINARES, F., *La protección...*, *ob. cit.*

¹⁰³⁵ En relación con el cyberbullying véase BARLETT, C., y COYNE, S. M., «A Meta-Analysis of Sex Differences in Cyber-Bullying Behavior: The Moderating Role of Age», en *Aggressive Behavior*, vol. 40, 2014; en el caso de la piratería de software véase HINDUJA, S., «Neutralization theory and online software piracy: An empirical analysis», en *Ethics and Information Technology*, vol. 9, núm. 3, 2007.

de conductas de hacking¹⁰³⁶. Si bien, tal y como explican HUTCHINS y CHUA esta brecha depende, en realidad, de la conducta de que se trate¹⁰³⁷. Así, con su estudio llegan a la conclusión de que las mujeres comenten cibercrímenes que no requieren de especiales habilidades técnicas y se involucran en aquellas actividades que son «menos serias»¹⁰³⁸. En cuanto a la explicación que los autores dan para estos resultados indican que los mismos están relacionados con la falta de participación de las mujeres en el crimen en general, junto con la propia brecha de género que existe en lo que se denominan las *computer sciences*.

Así, la diferencia en las prevalencias también se ha tratado de explicar a partir de otros postulados como los del conocimiento formal o técnico o la socialización online. La literatura ha dado cuenta de que el campo de la informática ha estado predominantemente dominado por los hombres. En este sentido, en el metaanálisis llevado a cabo por WHITLEY se encontró que los hombres y los niños mostraban mayores estereotipos de género respecto de lo relacionado con los ordenadores y la informática, también en relación con la

¹⁰³⁶ BACHMAN, M., «The risk propensity and rationality of computer hackers», en *International Journal of Cyber Criminology*, núm. 4, 2010; TURGEMAN-GOLDSCHMIDT, O., «Hackers Accounts: Hacking as a social entertainment», en *Social Science Computer Review*, núm. 23, 2005; SCHNELL, B. H., y DODGE, J. L., *The Hacking of America: Who's Doing It, Why and How*, Quorum Boos, Westport, 2002; UDRIS, R., «Cyber Deviance among Adolescents and the Role of Family, School, and Neighborhood: A Cross-National Study», en *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 10, núm. 2, 2016.

¹⁰³⁷ HUTCHINGS, A., y CHUA, Y. T., «Gendering cybercrime», en Holt, T. y Bossler, A. M. (Eds.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave, 2019, doi.org/10.1007/978-3-319-90307-1_44-1

¹⁰³⁸ Así, señalan estos autores que «este capítulo demuestra que la ciberdelincuencia es una categoría de delitos dominada por los hombres. Sin embargo, existen variaciones según el tipo de ciberdelincuencia, ya que las mujeres cometen más delitos generales que técnicos, parece que no suelen ser las principales infractoras, participan en actividades menos graves que los hombres y sólo están implicadas de forma transitoria» (*Ibid.*, p. 23)

autoeficacia para llevar a cabo estas actividades¹⁰³⁹. Estos estereotipos se alargan igualmente hacia otras cuestiones relacionadas con el ciberespacio. Por ejemplo, CHERYAN, PLAUT, DAVIES y STEELE mostraron que los videojuegos se percibían como una cuestión de hombres, pudiendo afectar esta percepción al interés de las mujeres en enrolarse en estos ambientes¹⁰⁴⁰. Asimismo, otro factor que puede influir en el cibercrimen es la socialización que se produce en el ciberespacio, algo que, a su vez, puede venir condicionado por el tiempo que los sujetos pasan en Internet¹⁰⁴¹. Tal y como expone DONNER «para los cibercriminales, Internet puede facilitar la desviación de diferentes formas. Por ejemplo, cuanto más tiempo pasan los individuos en Internet, mayor es la oportunidad que tienen de sumergirse en el mundo online, socializar con pares (a través de redes sociales, juegos, chats, etc.) y aumentar sus habilidades informáticas»¹⁰⁴².

De hecho, desde los 90 algunos estudios indican también una brecha de género en el uso de Internet. MORAHAN-MARTIN encontró que los hombres hacían mucho más uso de Internet que las mujeres, y atribuyeron esta brecha de género a que los hombres tienen más experiencia y tienen actitudes más favorables hacia los ordenadores que las mujeres, así como que

¹⁰³⁹ WHITLEY, B. E., «Gender differences in computer-related attitudes and behavior: A meta-analysis», en *Computer in Human Behavior*, vol. 13, núm. 1, 1997.

¹⁰⁴⁰ CHERYAN, S., PLAUT, V. C., DAVIES, P. G., y STEELE, C. M., «Ambient belonging: How stereotypical cues impact gender participation in computer science», en *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 97, 2009.

¹⁰⁴¹ HIGGINS, G. E., y MARCUM, C. D., *Digital Piracy: An integrated theoretical approach*, Carolina Academic Press, Durgham, NC, 2011; RICHIE, M., y FREIBURGER, T. L., «Creating identity on social network sites», en MARCUM, C. D., y HIGGINS, G. E. (EDS.), *Social networking as a criminal enterprise*, CRC Press, Boca Raton, FL, 2014.

¹⁰⁴² DONNER, C. M., «The Gender Gap and Cybercrime: An Examination of College Student's Online Offending», en *Victims & Offenders. An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice*, 2016, DOI: 10.1080/15564886.2016.1173157

es posible que ciertos estereotipos masculinos se hayan trasladado también al ciberespacio¹⁰⁴³. Si bien estudios más recientes en el tiempo han puesto de manifiesto que la brecha de género en el uso de Internet o de los ordenadores se ha acortado bastante accediendo de manera similar hombres y mujeres, lo que todavía parecen encontrar es que los hombres se conectan más frecuentemente y pasan más tiempo en Internet que las mujeres^{1044/1045}. También hay diferencias de género en términos de para qué se hace uso de Internet. Por ejemplo, ODELL, *et al.* encontraron que más chicas que chicos utilizaban Internet para usar el email y otras tareas relacionadas con la universidad, pero más hombres que mujeres utilizaban Internet para visitar webs pornográficas, realizar compras, comprobar las noticias, jugar y escuchar o descargar música. Asimismo, también parece influir

¹⁰⁴³ MORAHAN-MARTIN, J., «The Gender Gap in Internet Use: Why Men Use the Internet More Than Women- A Literature Review», en *Journal of Criminal Justice*, vol. 38, núm. 4, 1998. En un sentido similar, SHERMAN ET AL., «The Internet Gender Gap...», *ob. cit.*

¹⁰⁴⁴ WASSERMAN, I. M., y RICHMOND-ABBOTT, M., «Gender and the Internet: Causes of Variation in Access, Level, and Scope of use», en *Social Science Quarterly*, vol. 86, núm. 1, 2005; IMHOF, M., VOLLMEYER, R., y BEIERLEIN, C., «Computer use and the gender gap: The issue of access, use, motivation, and performance», en *Computers in Human Behavior*, vol. 23, núm. 6, 2007.

¹⁰⁴⁵ Si bien, algunos informes mantienen que todavía existe una brecha de género, especialmente si se trata de los países menos desarrollados. Así, por ejemplo, HERBERT indica que «Digital gender gaps persist and, in some contexts, are growing. Women are 14% less likely to win a mobile phone than men in low- and middle-income countries (GSMA, 2015). Globally, the proportion of women using the Internet worldwide is 12% lower than the proportion of men (ITU, 2017, p. 3). While the gender gap in internet access has narrowed in most regions since 2013, it has widened in Africa. In Africa, the proportion of women using the Internet is 25% lower than the proportion of men (ITU, 2013, p. 3). The nature of these gender divides is rooted in structural gender inequalities and more research is needed to understand in its specific context» (HERBERT, S., *Digital development and digital gender gap*. Helpdesk Report. 2017, p. 4. Disponible en: <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/13455/249%20Digital%20development%20and%20the%20digital%20gender%20gap.pdf?sequence=1>)

el tipo de estudios que están realizando en la universidad¹⁰⁴⁶. Aquellos con formación en dirección y administración de negocios, matemáticas, y ciencias puras pasaban más tiempo en Internet, después de aquellos que estudian educación, comunicación, humanidades y ciencias sociales. En un sentido similar, LI y KIRKUP encontraron que los hombres utilizan más el email o los chats *rooms*, juegan más a videojuegos y tienen más confianza en sus propias habilidades (*skills*) que las mujeres¹⁰⁴⁷. Por otro lado, también se han estudiado otros factores que podrían relacionarse con la brecha de género, como la diferencia en la asunción de riesgos. FOGEL y NEHMAD midieron en una muestra de 205 universitarios la asunción de riesgo (*risk taking*), la confianza y la preocupación por cuestiones de privacidad en dos redes sociales (Facebook y Myspace), encontrando que los hombres asumen más riesgos en Internet que las mujeres, del mismo modo que los hombres publican más información privada en las redes sociales que las mujeres¹⁰⁴⁸. Como consecuencia de lo anterior, los diferentes estudios de la literatura han tratado de analizar en qué medida las características del propio ciberespacio o las conductas que en él se llevan a cabo podrían explicar la brecha de género, pero es necesario analizar si, más allá de este tipo de variables, las teorías o enfoques explicativos tradicionales tienen un rendimiento explicativo en la brecha de género que se produce con respecto a diversos cibercrímenes.

¹⁰⁴⁶ ODELL, P. M., KORGAN, K. O., SCHUMACHER, P., y DELUCCHI, M., «Internet Use Among Female and Male College Students», en *CyberPsychology & Behavior*, vol. 3, núm. 5, 2000.

¹⁰⁴⁷ LI, N., y KIRKUP, G., «Gender and cultural differences in Internet Use: A Study of China and the Uk», en *Computers & Education*, vol. 48, núm. 2, 2007.

¹⁰⁴⁸ FOGEL, J., y NEHMAD, E., «Internet social network communities: Risk taking, trust, and privacy concerns», en *Computers in Human Behavior*, vol. 25, núm. 1, 2009.

2. LA PIRATERÍA DIGITAL COMO UN CIBERCRIMEN «SUI GENERIS» Y LOS FACTORES EXPLICATIVOS DEL CUMPLIMIENTO

2.1. PREVALENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA PIRATERÍA DIGITAL Y LA BRECHA DE GÉNERO

Las altas prevalencias de consumo de contenido protegido por los derechos de autor de manera ilegal a través de Internet¹⁰⁴⁹ y en una gran parte de los países¹⁰⁵⁰, ha traído como consecuencia una creciente preocupación no solo de la industria que pierde millones de beneficios al año, sino también de los investigadores de diferentes ámbitos que han tratado de analizar los factores que influyen en la decisión de consumir de manera ilegal obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ IVIR, *Global Online Piracy Study*, University of Amsterdam, Amsterdam, 2018. Disponible en: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf>; asimismo, GARCÍA-VALERO, F., KAZIMIERCZAK, M., ARIAS BURGOS, C., WAJSMAN, N., *Trends in Digital Copyright Infringement in The European Union Report*, 2019. Disponible en: https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/online-copyright-infringement-in-eu/2021_online_copyright_infringement_in_eu_en.pdf

¹⁰⁵⁰ UDRIS, R., «Cyber Deviance among...», *ob. cit.*;

¹⁰⁵¹ CASTRO-TOLEDO, F. J., «El cumplimiento de las normas de propiedad intelectual: hacia una comprensión de su prevalencia real y factores asociados», en *Lex Mercatoria*, vol. 13, núm. 5, 2020; CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites de la disuasión. Un meta-análisis doble sobre la influencia del castigo en el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual en Internet», en *Indret*, núm. 2, 2021; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ-LLINARES, F., «¿Por qué descargamos contenidos sin autorización en Internet? Un estudio exploratorio de los factores asociados al incumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual en el ciberespacio», en FUENTE SORIANO (DIR.), *Era digital, Sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; PÉREZ-DOMÍNGUEZ, S., CASTRO-TOLEDO, F. J., y MIRÓ LLINARES, F., «Prevalencia, factores asociados y diferencias de género en el cumplimiento de la propiedad intelectual: una revisión sistemática», en *Revista Electrónica de Criminología*, núm. 2, 2019; RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión...», *ob. cit.*

La piratería digital es un crimen con cierta particularidad que hace que sea uno de los cibercrímenes más idóneos sobre los que analizar la brecha de género. Así, algunos autores han indicado que los delitos contra la propiedad intelectual podrían asimilarse o incardinarse en lo que se han llamado los *White Collar-Crime*¹⁰⁵². Precisamente su inclusión en esta categoría puede permitirnos entender mejor la existencia o no de la brecha de género en la piratería digital, ya que son delitos en los que Internet permite perpetrar la conducta desde cualquier localización, no requiere de grandes habilidades técnicas, es una conducta que no exige violencia de ningún tipo y la víctima está mucho más diluida de lo que supone una víctima concreta de un delito de robo o de hurto¹⁰⁵³, por lo que en principio esto nos podría llevar a pensar que el género puede no ser una variable importante.

Si bien en diversos estudios se ha encontrado que las conductas de piratería digital han sido tradicionalmente cometidas más por hombres que por mujeres¹⁰⁵⁴, otros estudios han venido advirtiendo desde hace dos décadas que la brecha

¹⁰⁵² HIGGINS, G. E., «Gender Differences in Software Piracy: The Mediating Roles of Self-Control Theory and Social Learning Theory», en *Journal of Economic Crime Management*, vol. 4, núm. 1, 2006; SIMPSON, S. S., *Corporate crime, law, and social control*, Cambridge University Press, New York, 2002.

¹⁰⁵³ MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender in predicting the willingness to engage in digital piracy among college students», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009; WINGROVE, T., KORPAS, A. L., y WEISZ, V., «Why were millions...», *ob. cit.*

¹⁰⁵⁴ HOLLINGER, R. C., «Crime by computer: Correlates of software piracy and unauthorized account access», en *Security Journal*, vol. 4, núm. 1, 1993; HOLT, T. J., BOSSLER, A. M., y MAY, D. C., «Low self-control, deviant peer associations, and juvenile cyberdeviance», en *American Journal of Criminal Justice*, vol. 37, núm. 3, 2012; HIGGINS, G. E., «Gender Differences...», *ob. cit.*; COX, J., y COLLINGS, A., «Sailing in the same ship? Differences in factors motivating piracy of music and movie content», en *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, núm. 50, 2014; DONNER, C. M., «The Gender Gap...», *ob. cit.*

de género en la piratería intelectual se está acortando¹⁰⁵⁵. Así, AL-RAFEE y CRONAN encontraron que, si bien los hombres mostraban mejor aceptación de la piratería digital, la diferencia entre hombres y mujeres no era estadísticamente significativa¹⁰⁵⁶. Similares resultados obtuvieron ROBERTSON, MCNEILL, GREEN y ROBERTS¹⁰⁵⁷. En este último estudio, los autores hipotetizaban que, sobre la base de lo que la literatura había recogido hasta el momento acerca del acortamiento de la brecha de género en el ámbito de la piratería digital, no habría diferencias de género entre hombres y mujeres por lo que respecta a la prevalencia, hipótesis que confirmaban sus resultados. De esta manera, diversos estudios han mostrado que el género no tiene ningún efecto en las conductas evaluadas¹⁰⁵⁸.

Sin embargo, estudios más recientes indican que todavía existen diferencias de género en la piratería digital, e incluso respecto del objeto o del tipo de obra que se piratea. UDRIS analizó los datos de la segunda *International Self-Report Delinquency Study* (ISRD-2) respecto de la conducta de *hacking* y la descarga ilegal. Entre sus resultados, se encuentra que las diferencias en las prevalencias entre géneros no son tan altas como la existente en la conducta de *hacking*, una conducta esencialmente masculina, (8.29% vs. 2.58%); sin embargo, todavía existe diferencia, aunque menor, entre hombres y

¹⁰⁵⁵ ODELL, P. M., KORGAN, K. O., SCHUMACHER, P., y DELUCCHI, M., «Internet Use...», *ob. cit.*

¹⁰⁵⁶ AL-RAFEE, S., y CRONAN, T. P., «Digital Piracy: Factors that influence attitude toward behavior», en *Journal of Business Ethics*, núm. 63, 2006.

¹⁰⁵⁷ ROBERTSON, K., *et al.*, «Illegal Downloading...», *ob. cit.*

¹⁰⁵⁸ HOLT, T. J., y MORRIS, R. G., «An exploration of the relationship between MP3 player ownership and digital piracy», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009; HIGGINS, G. E., WOLFE, S. E., y MARCUM, C. D., «Digital piracy: An examination of three measurements of self-control», en *Deviant Behavior*, vol. 29, núm. 5, 2008; MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender in predicting...», *ob. cit.*; WOLFE, S. E., y HIGGINS, G. E., «Explaining deviant peers associations: An examination of low self-control, ethical predispositions, definitions, and digital piracy», en *Western Criminology Review*, vol. 10, núm. 1, 2009.

mujeres en la conducta de descargar ilegalmente (54.6% vs. 42.4%)¹⁰⁵⁹. Asimismo, respecto de la conducta de piratear *software*, los estudios apuntan a que esta conducta es también realizada más por hombres que por mujeres¹⁰⁶⁰. En esta línea, si bien, COX y COLLINS encontraron que las mujeres y los mayores tenían menos probabilidad de realizar conductas de piratería digital, también encontraron que las mujeres tenían menos probabilidad de piratear películas que música¹⁰⁶¹. Asimismo, SMALLRIDGE y ROBERTS hallaron que el género era un predictor de la conducta de infringir la propiedad intelectual en el sentido de que los hombres tienen más probabilidades de realizar conductas de piratería digital, pero no todas¹⁰⁶². En concreto, el género solamente era significativo en el caso de las películas, juegos y piratería de *software*.

2.2. ¿POR QUÉ SE INCUMPLEN LAS NORMAS?: FACTORES PSICOSOCIALES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO

En cuanto a las posibles explicaciones de estas prevalencias en el incumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual, JENNINGS y BOSSLER y HIGGINS sugieren que la mayoría de los estudios empíricos que han tratado de ofrecer un marco explicativo a la piratería digital lo han hecho principalmente a través de tres grandes teorías¹⁰⁶³: la teoría de la disuasión, la

¹⁰⁵⁹ UDRIS, R., «Cyber Deviance among...», *ob. cit.*

¹⁰⁶⁰ HINDUJA, S., «Trends and patterns among online software pirates», en *Ethics and Information Technology*, núm. 45, 2003; HINDUJA, S., «Neutralization theory and online software piracy: An empirical analysis», *Ethics and Information Technology*, vol. 9, núm. 3, 2007.

¹⁰⁶¹ COX, J., y COLLINGS, A., «Sailing in the...», *ob. cit.*

¹⁰⁶² SMALLRIDGE, J. L., y ROBERTS, J. R., «Crime Specific Neutralizations: An Empirical Examination of Four Types of Digital Piracy», en *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 7, núm. 2, 2013.

¹⁰⁶³ JENNINGS, K., y BOSSLER, A. M., «Digital Piracy», en Holt, T., y Bossler, A. M. (Eds.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, 2019, doi.org/10.1007/978-3-319-90307-1_44-1; HIGGINS, G. E., «Understanding Digital Piracy Using social Networks: An Integrated Theory Approach», en MARCUM, C. D., y HIGGINS, G. E. (EDS.), *Social networking as a Criminal Enterprise*, CRC Press, New York, 2014.

teoría del aprendizaje social de AKERS¹⁰⁶⁴ y la teoría general del Crimen de GOTTFREDSON y HIRSCHI¹⁰⁶⁵.

La teoría de la disuasión, enunciada principalmente por BECCARIA¹⁰⁶⁶, desarrollada por BENTHAM¹⁰⁶⁷ y en el ámbito continental por FEUERBACH¹⁰⁶⁸ y ampliamente analizada en Criminología a partir de los trabajos de BECKER¹⁰⁶⁹, sugiere que la decisión de infringir o no infringir depende esencialmente de las características del castigo, y dentro de éstas específicamente de la severidad y la certeza percibidas del mismo¹⁰⁷⁰. En otras palabras, de conformidad con esta teoría el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual dependerá esencialmente de la certeza que perciban los infractores de que les sancionen, así como de la severidad percibida de la sanción. A mayor certeza y severidad percibidas menor será la probabilidad de realizar la infracción. Sin embargo, los estudios que han tratado de establecer la relación de estas variables con el incumplimiento no sustentan empíricamente esta hipótesis. Así, en el estudio de DECAMP se pone a prueba el enfoque de la asociación diferencial y de la disuasión. Mientras que las variables de la asociación diferencial (actividad de los iguales y apoyo parental) tenían un impacto significativo en la piratería, las variables de la disuasión eran mucho menos predictivas¹⁰⁷¹. En concreto, la severidad del castigo no era un predictor significativo, y en el caso de la certeza solamente aquellos estudiantes de la muestra que entendían que era posible recibir un castigo eran los que menos realizaban la conducta de la descarga ilegal de *software*. La

¹⁰⁶⁴ AKERS, R., *Social learning and social structure: A general theory of crime and deviance*, Northeastern University Press, Boston, 1998.

¹⁰⁶⁵ GOTTFREDSON, M. R., y HIRSCHI, T., *A General Theory...*, *ob. cit.*

¹⁰⁶⁶ BECCARIA, C., *Tratado de...*, *ob. cit.*

¹⁰⁶⁷ BENTHAM, J., *An Introduction...*, *ob. cit.*

¹⁰⁶⁸ FEUERBACH, P. J. A., *Tratado de...*, *ob. cit.*

¹⁰⁶⁹ BECKER, G., «An Economic...», *ob. cit.*

¹⁰⁷⁰ SINHA, R. K., y MANDEL, N., «Preventing digital...», *ob. cit.*

¹⁰⁷¹ DECAMP, W., «Internet Scallywags: A Comparative Analysis of Multiple Forms and Measurements of Digital Piracy», en *Western Criminology Review*, 2009.

misma eficacia de la disuasión encuentran GÓMEZ-BELLVÍS¹⁰⁷² y GÓMEZ-BELLVÍS y MIRÓ-LLINARES¹⁰⁷³. Asimismo, en la revisión narrativa de la literatura sobre la disuasión y la piratería realizada por RANDO CASERMEIRO¹⁰⁷⁴ también se analiza la baja o nula eficacia del enfoque de la disuasión en la prevención de conductas¹⁰⁷⁵. Ahora bien, los estudios anteriores entienden y miden las variables de la disuasión entendiendo por tal las características del castigo formal. Si, en cambio, atendemos a la disuasión no ya de la sanción formal, sino respecto de las sanciones informales, WOLFE, HIGGINS y MARCUM encontraron que la percepción de que con la descarga también se estaban descargado virus era un elemento disuasorio, de tal manera que aquellos que percibían que se descargarían virus tenían menos probabilidad de realizar piratería digital. Sin embargo, otros elementos parecían tener más efectos que la propia disuasión. Para aquellos que no eran disuadidos por la posibilidad de descargar virus, el autocontrol y el sentimiento de culpa eran medidas importantes¹⁰⁷⁶. Desde la perspectiva de la disuasión, BOSSLER analizó empíricamente los efectos de las sanciones formales e informales percibidas, así como las habilidades técnicas, los comportamientos online, los comportamientos ciberdesviados y las creencias, en conductas como *defacing websites*, *compromising bank servers*, y *searching government servers*¹⁰⁷⁷. Asimismo, este estudio reflejó que la percepción de las sanciones formales no estaba relacionada con la voluntad de

¹⁰⁷² GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*

¹⁰⁷³ GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*

¹⁰⁷⁴ RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión...», *ob. cit.*

¹⁰⁷⁵ Resultados similares pueden encontrarse en HIGGINS, G. E., WILSON, A. L., y FELL, B. D., «An application of deterrence theory to software piracy», en *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, vol. 12, 2005; SVENSSON, M., y LARSSON, S., «Intellectual Property...», *ob. cit.*

¹⁰⁷⁶ WOLFE, S. E., HIGGINS, G. E., y MARCUM, C. D., «Deterrence and digital piracy: A preliminary examination of the role of viruses», *Social Science Computer Review*, vol. 26, núm. 3, 2008.

¹⁰⁷⁷ BOSSLER, A. M., «Perceived formal and informal sanctions on the willingness to commit cyber-attacks against domestic and foreign targets», en *Journal of Crime and Justice*, vol. 42, núm. 5, 2019.

realizar las conductas evaluadas, lo que le lleva a sugerir al autor que, tal y como la literatura sobre la disuasión en conductas del espacio físico ha dejado claro, que es que parece no funcionar, lo razonable para prevenir este tipo de delitos sería acudir a la prevención situacional para incrementar los esfuerzos que los cibercriminales tienen que hacer. Por otro lado, los estudiantes que participaron en la muestra se vieron más disuadidos de realizar estas conductas por la anticipación de las sanciones informales. Si bien la teoría de la disuasión es de las más importantes en la investigación criminológica (y también jurídica), puesto que se trata de la teoría que puede explicar la mayor parte de la toma de decisiones de los legisladores en materia de política criminal que se basan en la criminalización de conductas o el aumento de la severidad de conductas ya tipificadas, la literatura en torno a si hombres y mujeres perciben de manera distinta o les influye de manera de forma diferente estas variables en el ámbito del cibercrimen es prácticamente nula, especialmente por lo que se refiere a nivel nacional.

Otra teoría criminológica que se ha empleado para explicar la infracción de los derechos de autor en el ciberespacio es la del aprendizaje social¹⁰⁷⁸, y que aplicada a la piratería digital entiende que esta conducta está relacionada con la asociación del sujeto con aquellos que piratean¹⁰⁷⁹, y con los que comparte los mismos valores sobre la piratería digital. De hecho, la literatura ha encontrado que esta asociación con iguales es un fuerte predictor de la piratería digital¹⁰⁸⁰, teniendo más

¹⁰⁷⁸ AKERS, R., *Social learning...*, *ob. cit.*

¹⁰⁷⁹ JENNINGS, K., y BOSSLER, A. M., «Digital...», *ob. cit.*

¹⁰⁸⁰ BURRUS, G. W., HOLT, T. J., Y BOSSLER, A., «Revisiting the suppression relationship between social learning and self-control on software piracy», en *Social Science computer Review*, vol. 37, 2019; LEE, B., PAEK, S. Y., y FENOFF, R., «Factors associated with digital piracy among early adolescents», en *Children and youth Services Review*, vol. 86, 2018; NODELAND, B., y MORRIS, R., «A test of social learning theory and self-control on cyber offending», en *Deviant Behavior*, vol. 41, núm. 1, 2020; SANHI, S. P., Y GUPTA., I., *Piracy in the Digital Era. Psychosocial, Criminological and Cultural Factors*,

relevancia este factor predictivo que, por ejemplo, el autocontrol¹⁰⁸¹. Asimismo, también adquiere importancia el apoyo a las violaciones de la propiedad intelectual¹⁰⁸². Por otro lado, NODELAND y MORRIS trataron de analizar las variables de la teoría del aprendizaje social y del autocontrol respecto de varias conductas en el ciberespacio¹⁰⁸³. Entre ellas: tratar de descubrir la contraseña de alguien en una red social, en una web educativa, de la banca online, o de una cuenta de mail; utilizar una red social para represaliar a alguien para hacer que se sintieran mal; acceso a archivos sin autorización; añadir, borrar o cambiar o imprimir un archivo de otra persona de su ordenador sin que lo sepa, o descargar de software, videos o música. De acuerdo con los autores, «los resultados sugieren que la asociación con compañeros ya sea en línea o fuera de ella, que apoyan la participación en la ciberdelincuencia influye significativamente en la participación en este comportamiento»¹⁰⁸⁴. En este sentido, y en relación con el género del crimen, esta teoría vendría a indicar que las mujeres cometen menos delitos porque los procesos de socialización son distintos en hombres que en mujeres. Así, por ejemplo, HIGGINS encontró que la teoría del aprendizaje social tenía la capacidad de reducir la brecha de género en la piratería de software, en la medida en que los hombres están más expuestos a iguales que también piratean¹⁰⁸⁵. No obstante, MORRIS, JOHNSON y HIGGINS

Springer, Singapore, 2019; HINDUJA, S., e INGRAM, J. R., «Social learning theory and music piracy: the differential role of online and offline peer influences», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009.

¹⁰⁸¹ HOLT, T. J., BOSSLER, A. M., y MAY, D. C., «Low self-control...», *ob. cit.*

¹⁰⁸² BURRUS, G. W., HOLT, T. J., y BOSSLER, A., «Revisiting the suppression...», *ob. cit.*; MORRIS, R. G., y HIGGINS, G. E., «Criminological theory in the digital age: The case of social learning theory and digital piracy», en *Journal of Criminal Justice*, vol. 38, núm. 4, 2010.

¹⁰⁸³ NODELAND, B., y MORRIS, R., «A Test of Social Learning Theory and Self-Control on Cyber Offending», en *Deviant Behavior*, 2018, <https://doi.org/10.1080/01639625.2018.1519135>.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁸⁵ HIGGINS, G. E., «Gender Differences...», *ob. cit.*

encontraron que el impacto de las distintas teorías del crimen medidas en su estudio (entre ellas la del aprendizaje social) era equivalente en hombres y mujeres¹⁰⁸⁶.

Desde una perspectiva también relacionada con la influencia que otros ejercen sobre el comportamiento de uno encontramos el enfoque de la teoría de la conducta normativa de CIALDINI, KALGREN y RENO¹⁰⁸⁷. Esta teoría sostiene que la decisión de cumplir con determinadas normas puede venir dada por la influencia que ejercen las normas sociales, concretamente, la norma descriptiva (que nos indica el modelo de conducta a seguir, lo que todos hacen) y la norma prescriptiva, (que nos indicaría el grado de desaprobación social por la realización de una determinada conducta y que el sujeto tendría en cuenta a la hora de decidir la infracción, ya que refuerza ese modelo de conducta a seguir). En el ámbito de la propiedad intelectual ha sido puesta a prueba en diversos estudios en los que se ha mostrado que estas dos variables son predictoras del cumplimiento de diversas normas de la propiedad intelectual¹⁰⁸⁸. No obstante, y a diferencia de la teoría del aprendizaje social, no se ha comprobado, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, si estas dos variables son neutras al género o si, en cambio, se distribuyen de manera diferente en hombres y en mujeres.

¹⁰⁸⁶ MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender...», *ob. cit.*

¹⁰⁸⁷ CIALDINI, R. B., KALGREN, C. A., y RENO, R. R., «A Focus Theory...», *ob. cit.*

¹⁰⁸⁸ Gómez-Bellvís, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; Gómez-Bellvís, A. B., y MIRÓ-LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*; CHO, H., SHUNG, S., Y FILIPPOVA, A., «Perceptions of social norms surrounding digital piracy: How stereotypical cues impact gender participation in computer science», en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 97, 2009; VAN ROOIJ, B., FINE, A., ZHANG, Y., y WU., Y., «Comparative compliance: digital piracy, deterrence, social norms, and duty in China and the United States», en *Law & Policy*, vol. 39, núm. 1, 2017.

También se ha puesto a prueba la teoría general del crimen de GOTTFREDSON y HIRSCHI¹⁰⁸⁹. En concreto, si los bajos niveles de autocontrol conducen a la realización de más piratería digital, al entender que aquellos que incurren en estas conductas lo hacen porque no tienen la habilidad de controlarse de descargar y acceder gratuitamente a contenido, lo cual también ha sido encontrado como un factor predictivo en la literatura¹⁰⁹⁰. Así, AALTONEN y SALMI, a partir de una muestra procedente de la *Finnish Self-Report Delinquency Survey 2012*, encontraron que las medidas del autocontrol y del control parental son predictores significativos de la frecuencia de las descargas ilegales¹⁰⁹¹. Por su parte, HIGGINS, WOLFE y MARCUM emplearon la escala completa del autocontrol elaborada por GRASMICK *et. al.*¹⁰⁹² y encontraron que el autocontrol y, en especial, la impulsividad estaba relacionada significativamente con las intenciones de realizar conductas de piratería digital¹⁰⁹³. Ahora bien, en aquellos estudios en los que se ha analizado tanto el autocontrol como los valores morales de los sujetos se ha comprobado que el autocontrol es una variable que es menos importante a la hora de predecir determinadas conductas contra la propiedad intelectual¹⁰⁹⁴. Esta teoría tiene también implicaciones para la brecha de género. En la medida en que se

¹⁰⁸⁹ GOTTFREDSON, M. R., y HIRSCHI, T., *A General...*, *ob. cit.*

¹⁰⁹⁰ SANHI, S. P., y GUPTA., I., *Piracy in the...*, *ob. cit.*

¹⁰⁹¹ AALTONEN, M., y SALMI, V., «Versatile Delinquents of Specialized Pirates? A Comparison of Correlates of Illegal Downloading and Traditional Juvenile Crime», en *Journal of Scandinavian in Criminology and Crime Prevention*, vol. 14, núm. 2, 2013.

¹⁰⁹² GRASMICK, H. G., TITTLE, C. R., BURSIK, R. J., y ARNEKLEV, B. J., «Testing the core empirical implications of Gottfredson and Hirschi's general theory of crime», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 30, núm. 1, 1993.

¹⁰⁹³ HIGGINS, G. E., WOLFE, S. E., y MARCUM, C. D., «Digital piracy...», *ob. cit.*

¹⁰⁹⁴ HIGGINS, G. E., y MAKIN, D. A., «Does social learning theory condition the effects of low self-control on college students' software piracy», en *Journal of Economic Crime Management*, vol. 2, núm. 2, 2004; HIGGINS, G. E., y MAKIN, D. A., «Self-control, deviant peers, and software piracy», en *Psychological Reports*, vol. 95, núm. 3, 2004.

asume que la educación de los padres es distinta para niños y para niñas, ya que los padres supervisan más a las hijas que a los hijos proveyéndoles así de más información sobre la conducta, estando más pendiente del posible comportamiento desviado de las hijas y, por tanto, imponiendo los castigos correspondientes, esto hace que las mujeres tengan más niveles de autocontrol que los hombres. En el ámbito de la piratería digital se ha podido observar que, efectivamente, el autocontrol es una variable que está más presente en mujeres que en hombres. Así, por ejemplo, en el estudio de Higgins en el que se ponía a prueba esta teoría, encuentra que la variable autocontrol juega un papel importante en la conducta de piratería de software de los hombres¹⁰⁹⁵. En cambio, DONNER encontró que, el autocontrol no es suficiente por sí mismo para explicar la brecha de género de las conductas de piratería digital¹⁰⁹⁶.

Por último, cabría resaltar un enfoque que también se ha empleado para explicar el cumplimiento de las normas y específicamente con respecto a la piratería digital. Este es el enfoque de la legitimidad, que nos indicaría que en muchas ocasiones la decisión de infringir una determinada norma puede depender esencialmente de los valores morales del sujeto¹⁰⁹⁷. Así, investigaciones previas han mostrado que el juicio moral que les merece a los sujetos una determinada conducta es una variable predictora del cumplimiento de la norma¹⁰⁹⁸. También en el ámbito de la propiedad intelectual, aquellos estudios en los que se ha analizado la relación entre variables de la teoría del

¹⁰⁹⁵ HIGGINS, G. E., «Gender Differences...», *ob. cit.*

¹⁰⁹⁶ DONNER, C. M., «The Gender Gap...», *ob. cit.*

¹⁰⁹⁷ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*; ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*; SCHULTZ, M. F., «Copynorms...», *ob. cit.*

¹⁰⁹⁸ GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*; WINGROVE, T., KORPAS, A. L., y WEISZ, V., «Why were millions...», *ob. cit.*; HASHIM, M. J., KANNAN, K. N., y WEGENER, D. T., «Central role of moral obligations in determining intentions to engage in digital piracy», en *Journal of Management Information Systems*, vol. 35, núm. 3, 2018; LEE, B., PAEK, S. Y., y FENOFF, R., «Factors associated...», *ob. cit.*; entre otros.

aprendizaje social, el autocontrol y los valores morales, se ha observado que estos últimos pueden disminuir el efecto del bajo autocontrol¹⁰⁹⁹.

Hasta aquí se ha puesto de manifiesto que mientras que algunos estudios que han analizado la brecha de género en el cibercrimen siguen encontrando, al igual que en el espacio físico, que los hombres realizan más conductas de este tipo que las mujeres, otros estudios, sin embargo, indican que la brecha de género todavía se produce, pero no con respecto a todas las conductas ni tampoco con respecto a todos los cibercrímenes. En el caso de la piratería digital, la literatura sigue siendo mixta en este sentido, pero estudios recientes han indicado que todavía siguen descargando contenidos ilegalmente más los hombres que las mujeres¹¹⁰⁰. En este sentido, es necesario seguir analizando e investigando si la brecha de género persiste en determinados cibercrímenes, en este caso, en la piratería digital. Pero también es necesario analizar en qué medida las teorías tradicionales explicativas del crimen o los factores psicosociales del cumplimiento pueden explicar la infracción de ambos géneros, esto es, si las variables que componen cada marco explicativo son neutrales al género o, en cambio, se distribuyen de manera distinta en hombres y en mujeres.

Los estudios que hasta el momento se han ocupado de analizar el cumplimiento de las normas (en general, sin atender al género en concreto) muestran que, a la hora de infringir las normas de propiedad intelectual en el ciberespacio por medio de conductas como descargar películas o música, o piratear *software* en general, las variables de la disuasión no tienen prácticamente incidencia en el comportamiento¹¹⁰¹, pero sí la asociación con pares, es decir, la influencia social, así como la percepción de la moralidad de la conducta. Sin embargo, todos

¹⁰⁹⁹ HIGGINS, G. E., y MAKIN, D. A., «Does social learning theory...», *ob. cit.*

¹¹⁰⁰ DONNER, C. M., «The Gender Gap...», *ob. cit.*

¹¹⁰¹ CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites...», *ob. cit.*

estos estudios o bien tienen en cuenta el género como variable a incluir en las regresiones logísticas, o bien obvian el mismo para las distintas explicaciones criminológicas¹¹⁰², quizás porque no se haya considerado que esta cuestión es de relevancia para los enfoques de cumplimiento que tendrían una aspiración más general. Por ello, ante la escasez de evidencias tanto en la literatura internacional en la que se ha prestado poca atención a la brecha del género en el cibercrimen, pero sobre todo en la literatura de habla castellana donde las referencias en este sentido son prácticamente nulas, el propósito de este estudio es contribuir al estudio del impacto del género en el cibercrimen por medio de la categoría de la piratería digital y analizar concretamente por qué incumplen ellas.

3. ESTUDIO EMPÍRICO

3.1. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general analizar si existe una menor infracción de las normas de propiedad intelectual por parte de las mujeres y evaluar en qué medida los factores explicativos del cumplimiento se distribuyen de manera distinta en hombres y en mujeres con el objetivo de analizar si estos enfoques son neutrales al género. Pero también es objetivo de esta investigación examinar qué factores explicativos de los distintos enfoques de cumplimiento están detrás de las infracciones de las mujeres. De este modo, este trabajo pretende responder fundamentalmente a tres grandes preguntas de investigación: 1) ¿Existe la brecha de género en el ámbito de la piratería digital?, y 2) ¿Las variables de enfoques explicativos del cumplimiento son neutrales al género o se distribuyen de manera distinta en hombres y en mujeres? ¿Por qué incumplen ellas?

¹¹⁰² PÉREZ-DOMÍNGUEZ, S., CASTRO-TOLEDO, F. J., y MIRÓ LLINARES, F., «Prevalencia, factores asociados...», *ob. cit.*

Para la consecución de los anteriores objetivos, se plantean las siguientes hipótesis respecto de la brecha de género en materia de piratería digital y los factores explicativos del cumplimiento de las normas:

H1. *Las mujeres descargarán ilegalmente menos contenido que los hombres.*

H2. *Los factores explicativos se distribuirán de forma distinta en hombres y en mujeres*

Con respecto a las variables de la disuasión:

H2 a). *Las mujeres puntuarán mayores niveles de severidad percibida que los hombres.*

H2 b). *Las mujeres puntuarán mayores niveles de certeza percibida que los hombres.*

En relación con las variables del enfoque de la influencia social

H2 c). *Las mujeres percibirán en menor medida que los hombres que los demás descargan ilegalmente (norma descriptiva).*

H2 d). *Las mujeres percibirán que el juicio moral del grupo de referencia hacia la conducta de descargar ilegalmente será más negativo de lo que lo perciben los hombres (norma prescriptiva).*

Desde el enfoque de la legitimidad

H2 e). *Las mujeres evaluarán moralmente la conducta de descargar ilegalmente contenido de Internet más negativamente que los hombres.*

Desde la autoeficacia percibida

H2 f). *Las mujeres se percibirán a sí mismas con menos habilidades para realizar las conductas de descarga ilegal de lo que se perciben a sí mismos los hombres.*

Sobre las variables de oportunidad (tiempo de uso de Internet al día y suscripción a plataformas de pago):

H2 g). *Las mujeres de esta muestra pasarán menos tiempo en Internet que los hombres.*

H2 h). *Las mujeres estarán suscritas a más plataformas de pago que los hombres.*

3.2. MÉTODO

Muestra

La muestra del presente estudio es representativa de la población española (nivel de confianza del 95% y error muestral del 5%), y estuvo compuesta por 613 participantes, de los cuales el 48% ($N=294$) eran hombres y el 52% ($N=319$) eran mujeres, con edades comprendidas entre 18 y 65 años ($M= 31,5$; $DT= 10,82$). Por lo que se refiere al nivel máximo de estudios, el 1,6% tenía como máximo estudios correspondientes a primaria, el 10,9% a secundaria, el 23,8% a bachillerato, el 17,3% a formación profesional y el 46,3% a estudios universitarios. En cuanto al estado civil, el 38,8% estaba soltero/a, el 30,3% en pareja y el 25,1% casado.

Variables, instrumento y procedimiento

Además de las anteriores variables sociodemográficas, como *variable dependiente* se ha tenido en cuenta el cumplimiento informado de las siguientes conductas: a) descarga ilegal de música; b) descarga ilegal de contenido audiovisual (películas, series, documentales, etc.), c) Descarga ilegal de libros o artículos para leer; d) descarga ilegal de videojuegos; e) Acceso ilegal a partidos de fútbol u otros deportes (canales piratas); y, f) Acceso ilegal de programas de ordenador como Adobe, Word, etc. La elección de estas conductas corresponde a las prevalencias mostradas por el Observatorio de Piratería Digital (2019) sobre contenido protegido por la propiedad intelectual vulnerado. Para medir esta variable se empleó el siguiente ítem: «Indique aproximadamente con qué frecuencia ha realizado alguna de las siguientes actividades durante el último año». Los participantes debían responder en una escala del 0 al 10 donde 0=ninguna y 10=10 veces o más, para cada una de las conductas evaluadas.

Como variables independientes se han tenido en cuenta las siguientes:

- a) Las variables del enfoque de la disuasión, concretamente, la severidad y certeza percibidas. En el caso de la certeza percibida se empleó el siguiente ítem: «¿Qué probabilidad cree que tendría de recibir una sanción formal si hubiera realizado cada una de las siguientes conductas?» Los participantes debían responder en una escala Likert de 5 puntos para cada una de las conductas. La escala ofrecida es la siguiente: «Estoy totalmente seguro de que no me castigarían»; «Sería muy difícil que me castigaran»; «No sé si me castigarían»; «Sería bastante probable que me castigaran»; «Estoy totalmente seguro de que me castigarían». Para medir la variable «severidad percibida» se utilizó el ítem que consiste en la pregunta «¿Cuál cree que es la sanción máxima que recibe una persona en España por realizar cada una de las siguientes conductas?». A los participantes se les ofreció las siguientes posibilidades de respuesta: «Ninguna sanción»; «Multa»;

«Trabajo en beneficio de la comunidad»; «Prisión de menos de 1 año»; «Prisión de menos de 1 año»; «Prisión de 1 a 5 años»; «Prisión de más de 5 años hasta 10 años»; «Prisión de más de 10 años».

- b) Las variables del enfoque de la influencia social, estas son, las normas descriptiva y prescriptiva. Para medir la primera se utilizó el ítem «*¿Cuánta gente de su entorno cree que realiza cada una de las siguientes conductas?*». Los participantes debían responder para cada una de las conductas con una Escala Likert de 5 puntos con las siguientes posibilidades de respuesta: «Nadie lo hace»; «Lo hace poca gente»; «Lo hace bastante gente»; «Lo hace mucha gente»; «Lo hace todo el mundo». Para medir la segunda se empleó el ítem «*¿En qué medida cree que desaprobaban o pensarían que ha hecho algo malo si supieran que ha realizado cada una de las siguientes conductas?*». En este caso, también se ofreció una Escala Likert de 5 puntos con las siguientes posibilidades de respuesta: «Les parecería muy mal»; «Les parecería mal»; «No les parecería ni mal ni bien»; «Les parecería bien»; «Les parecería muy bien».
- c) La variable del juicio moral sobre la conducta procedente del enfoque de la legitimidad. Para medir esta variable se utilizó la siguiente pregunta: «*Pensando en términos morales, ¿cuánto de mal cree que está realizar cada una de las siguientes conductas?*». Los participantes debían responder en una escala del 1 al 5 donde 1=no está mal en absoluto; 5=está totalmente mal.
- d) Asimismo, se ha medido la autoeficacia percibida para llevar a cabo conductas de piratería digital. Para medir esta variable se ha empleado el siguiente ítem: «*Indique, por favor, en qué medida está de acuerdo con las siguientes afirmaciones: (i) Creo que descargar contenido de Internet de manera ilegal es muy fácil y rápido. (ii) Conozco todos los programas y páginas webs y todos los trucos para descargar contenidos. (iii) Sé cómo evitar descargar virus cuando me descargo contenido ilegal. (iv) Sé*

utilizar los programas, software y webs para descargar (i.e. Torrent). (v) *Sé cómo evitar mi detección por parte de las autoridades cuando descargo ilegalmente*». A cada una de las afirmaciones, los participantes debían responder en un Escala Likert de 5 puntos con las siguientes posibilidades: «Totalmente en desacuerdo»; «En desacuerdo»; «Ni en acuerdo ni en desacuerdo»; «De acuerdo»; «Totalmente de acuerdo».

- e) Por último, también se han medido dos variables relacionadas con la oportunidad. De esta manera, se ha medido el tiempo de uso de Internet al día y, también, el número de plataformas de pago está suscrito. La primera se midió mediante el siguiente ítem: «Aproximadamente, ¿cuántas horas al día utilizas Internet (en el ordenador, la Tablet o el móvil)?». Las posibilidades de respuesta eran las siguientes: «Menos de 2h», «Entre 2 y 4 h», «Entre 5 y 7 h», «Entre 8 y 10 h», y, «Más de 10 h». Para medir la segunda, se empleó el ítem «¿A qué plataformas de vídeo y/o música de pago estás suscrito o utilizas actualmente? Puedes señalar más de una opción». Así, se ofrecieron las siguientes: a ninguna, Netflix, HBO, Movistar+, Amazon Prime Video, Deezer, Google Play Music, Spotify, YouTube, Disney Plus, Otras.

Por lo que se refiere al instrumento, se diseñó un cuestionario *ad hoc*, basado esencialmente en el instrumento empleado para el mismo fin (pero con respecto a otras conductas) en trabajos anteriores¹¹⁰³, exceptuando a la variable relativa a la autoeficacia percibida, en la que se emplearon los mismos ítems que SANHI y GUPTA¹¹⁰⁴.

Este cuestionario fue administrado a través de los servicios de la empresa de muestreo Feebboo. Los criterios de inclusión

¹¹⁰³ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; Miró Llinares, F.,

¹¹⁰⁴ SANHI, S. P., y GUPTA., I., *Piracy in the...*, *ob. cit.*

de la muestra fueron: 1) Tener entre 18 y 65 años y, 2) Residir en España.

4. RESULTADOS

4.1. CUMPLIMIENTO INFORMADO

Al dicotomizar la variable de cumplimiento informado entre aquellos que no han realizado ninguna vez en el último año estas conductas y aquellos que lo han hecho al menos una vez, podemos observar en el Gráfico 1 que la realización de estas conductas es bastante frecuente en la muestra, tanto por lo que se refiere a los hombres como por lo que respecta a las mujeres.

Si atendemos a las diferencias entre ambos sexos, a nivel descriptivo hombres y mujeres realizan de manera muy similar en términos de frecuencia las conductas infractoras de la propiedad intelectual, exceptuando la descarga de contenido audiovisual, el acceso ilegal de partidos de fútbol u otros deportes, el acceso ilegal o descarga de software, y el plagio donde descriptivamente son más los hombres que lo realizan.

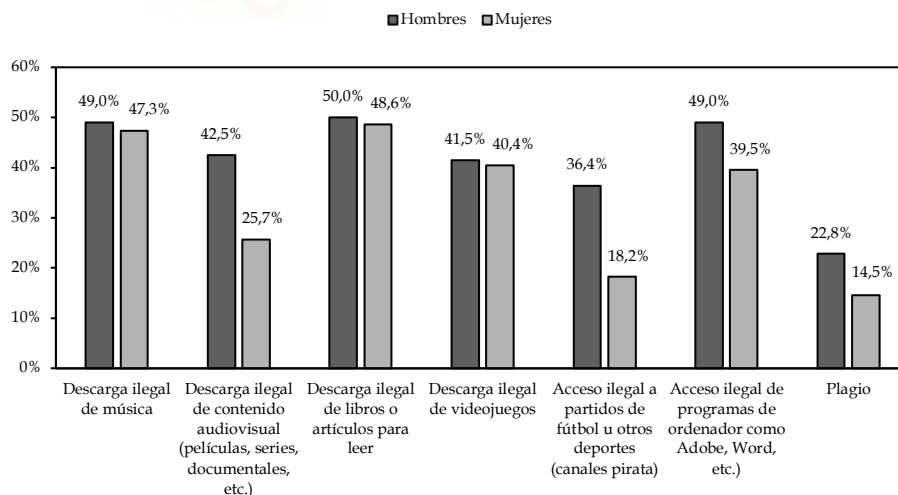


Gráfico 1. Frecuencias de realización de las conductas en hombres y mujeres

Desde las medias de cumplimiento informado podemos ver que, al menos descriptivamente, las mujeres descargan ilegalmente música más que los hombres ($M=2,17$; $DT=3,05$); descargan más libros que los hombres ($M=2,14$; $DT=2,02$); descargan más videojuegos que los hombres ($M=1,61$; $DT=2,63$). Toda esta información viene detallada en la Tabla 1. Con el objetivo de comprobar si estas diferencias son estadísticamente significativas se ha llevado a cabo una prueba t de Student, de conformidad con la cual, tal y como se observa en la Tabla 1, las diferencias son estadísticamente significativas en el caso de la descarga ilegal de contenido audiovisual donde los hombres descargan más que las mujeres, del acceso ilegal a partidos de fútbol u otros deportes donde también lo hacen más los hombres que las mujeres, e igual sucede con el acceso ilegal a software para ordenador y el plagio. Sin embargo, a pesar de las diferencias a nivel descriptivo en el caso de la descarga de música, libros y videojuegos, no se ha encontrado que las diferencias sean estadísticamente significativas, por lo que tanto hombres como mujeres llevan a cabo la conducta de manera similar.

Tabla 1.
Resumen «cumplimiento informado» y prueba t .

| Conducta | Género | M | DT | t | d |
|-------------|--------|------|------|----------|------|
| Música | Hombre | 1,96 | 2,7 | -0,889 | - |
| | Mujer | 2,17 | 3,05 | | |
| Audiovisual | Hombre | 1,99 | 3,01 | 4,514*** | 0,44 |
| | Mujer | 1,03 | 2,2 | | |
| Libros | Hombre | 2,02 | 2,74 | -0,538 | - |
| | Mujer | 2,14 | 2,94 | | |
| Videojuegos | Hombre | 1,59 | 2,56 | -0,107 | - |
| | Mujer | 1,61 | 2,63 | | |
| Deportes | Hombre | 1,53 | 2,58 | 4,065*** | 0,42 |
| | Mujer | 0,76 | 2 | | |
| Software | Hombre | 2,02 | 2,76 | 2,693*** | 0,28 |
| | Mujer | 1,46 | 2,4 | | |
| Plagio | Hombre | 1 | 2,24 | 2,005* | 0,31 |
| | Mujer | 0,66 | 1,92 | | |

*La diferencia es significativa al nivel 0,05; **La diferencia es significativa al nivel 0,01 (bilateral); ***La diferencia es significativa al nivel 0,001

De conformidad con lo anterior, no podemos confirmar de manera total nuestra primera hipótesis que predecía que «*las mujeres descargarán ilegalmente menos contenido que los hombres*», en la medida en que esto es así, pero para determinado tipo de contenidos y no para otros.

4.2. FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS

Enfoque de la disuasión: severidad y certeza percibidas

Por lo que se refiere a la severidad percibida de las conductas infractoras de la propiedad intelectual evaluadas, tal y como podemos observar en los Gráficos 2 y 3, a nivel descriptivo no parece que haya grandes diferencias entre hombres y mujeres. Ambos géneros coinciden en que para la mayoría de las conductas analizadas la sanción máxima que una persona podría recibir por realizar alguna de estas conductas y, a pesar de que se especifica en la descripción de las mismas su cualidad de «ilegal» es, o bien ninguna sanción o bien una multa.

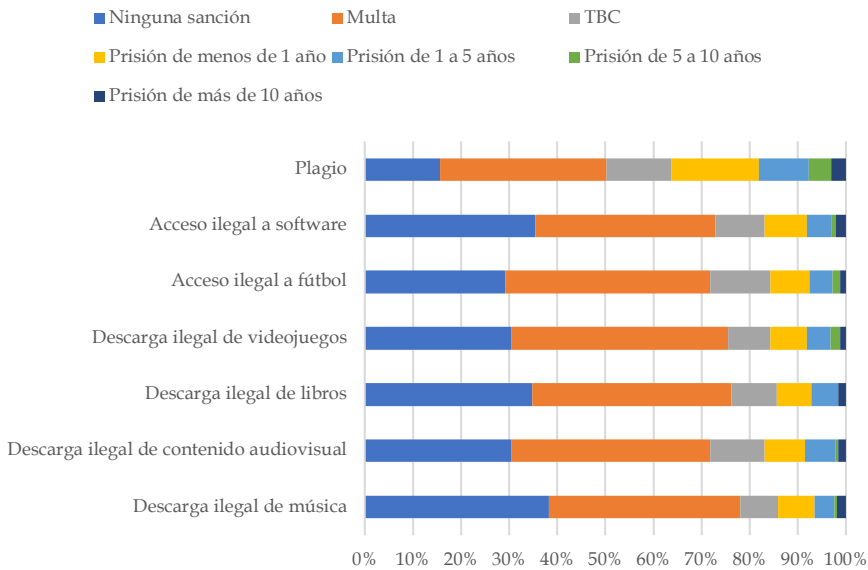


Gráfico 2. Descriptivo de la severidad percibida en mujeres

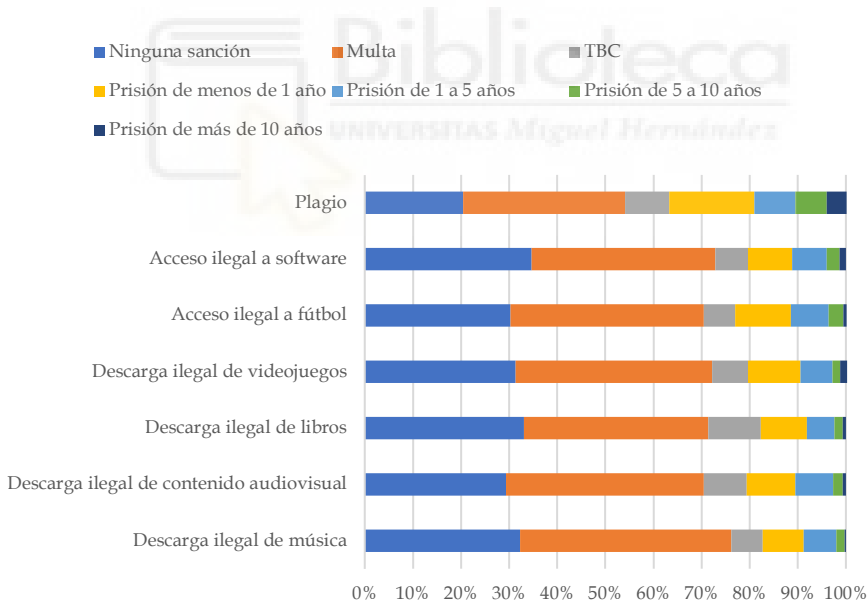


Gráfico 3. Descriptivo de la severidad percibida en hombres

Si bien ya a nivel descriptivo se puede observar que no parece haber grandes diferencias entre ambos géneros en la

percepción de severidad de la sanción para estas conductas, con el objetivo de comprobar este extremo se ha llevado a cabo la prueba de *U* de Mann-Whitney, y tal y como se puede observar en la Tabla 2, no existen diferencias estadísticamente significativas en la severidad percibida entre géneros en ninguna de las conductas. Esto es, las mujeres no perciben una mayor severidad de los hombres, sino que las puntuaciones en esta variable se distribuyen de manera similar.

Tabla 2.

Resultados de la prueba de U de Mann-Whitney

| Conducta | Música | Audiovisual | Libros | Videojuegos | Deportes | Software | Plagio |
|--------------------|---------|-------------|--------|-------------|----------|----------|---------|
| Severidad <i>U</i> | 46107,5 | 46493 | 45986 | 45532,5 | 46567 | 45578 | 43117,5 |
| <i>p</i> | 0,705 | 0,82 | 0,663 | 0,512 | 0,876 | 0,529 | 0,077 |

Atendiendo a estos resultados, no podemos aceptar nuestra hipótesis H2 a). relativa a la severidad de las sanciones que predecía que «*las mujeres puntuarán mayores niveles de severidad percibida que los hombres*».

En cuanto a la certeza percibida, podemos observar que las medias de cada una de las conductas y para ambos géneros son descriptivamente bastante parecidas, algo que confirma la prueba de *U* de Mann-Whitney aplicada y que no arroja diferencias estadísticamente significativas en la percepción de certeza de la sanción de las conductas evaluadas entre ambos géneros (Véase Tabla 3).

Tabla 3.

Resumen de la variable «certeza percibida» y U de Mann-Whitney

| Conducta | Género | M | DT | U |
|-------------|--------|------|------|---------|
| Música | Hombre | 1,52 | 1,15 | 46489,5 |
| | Mujer | 1,55 | 1,19 | |
| Audiovisual | Hombre | 1,61 | 1,14 | 45441,5 |
| | Mujer | 1,67 | 1,16 | |
| Libros | Hombre | 1,53 | 1,17 | 45229,5 |
| | Mujer | 1,61 | 1,16 | |
| Videojuegos | Hombre | 1,63 | 1,2 | 46473 |
| | Mujer | 1,66 | 1,19 | |
| Deportes | Hombre | 1,7 | 1,24 | 46540,5 |
| | Mujer | 1,68 | 1,24 | |
| Software | Hombre | 1,67 | 1,23 | 44800 |
| | Mujer | 1,76 | 1,24 | |
| Plagio | Hombre | 2,14 | 1,32 | 44877,5 |
| | Mujer | 2,23 | 1,33 | |

En consecuencia, tampoco podemos aceptar la hipótesis H2 b). que predecía que «*las mujeres puntuarán mayores niveles de certeza percibida que los hombres*».

Enfoque de la influencia social

En el caso de la variable «norma descriptiva», si atendemos a las medias para cada una de las conductas podemos observar que no difieren demasiado las medias de los hombres de las de las mujeres, algo que confirma la prueba U de Mann-Whitney aplicada, tal y como se puede observar en la Tabla 4.

Tabla 4.

Resumen de la variable «norma descriptiva» y U de Mann-Whitney

| Conducta | Género | M | DT | U |
|-------------|--------|------|------|---------|
| Música | Hombre | 2,04 | 1,19 | 45558,5 |
| | Mujer | 2,1 | 1,3 | |
| Audiovisual | Hombre | 2,07 | 1,16 | 46130 |
| | Mujer | 2,1 | 1,29 | |
| Libros | Hombre | 1,81 | 1,12 | 45132,5 |
| | Mujer | 1,91 | 1,26 | |
| Videojuegos | Hombre | 1,94 | 1,17 | 45533 |
| | Mujer | 1,88 | 1,27 | |
| Deportes | Hombre | 1,9 | 1,21 | 45830 |
| | Mujer | 1,86 | 1,28 | |
| Software | Hombre | 1,95 | 1,16 | 46559,5 |
| | Mujer | 1,97 | 1,29 | |
| Plagio | Hombre | 1,36 | 1,2 | 44331 |
| | Mujer | 1,25 | 1,19 | |

En atención a estos resultados, tampoco podemos aceptar la hipótesis H2 c) que predecía «*Las mujeres percibirán en menor medida que los hombres que los demás descargan ilegalmente (norma descriptiva)*».

En lo que se refiere a la variable «norma prescriptiva», tampoco las medias entre géneros difieren significativamente, tal y como se puede observar en la Tabla 5.

Tabla 5. Resumen de la variable «norma prescriptiva» y U de Mann-Whitney

| Conducta | Género | M | DT | U |
|-------------|--------|------|------|---------|
| Música | Hombre | 1,73 | 0,96 | 44134,5 |
| | Mujer | 1,83 | 0,96 | |
| Audiovisual | Hombre | 1,74 | 0,91 | 44002,5 |
| | Mujer | 1,85 | 0,97 | |
| Libros | Hombre | 1,76 | 0,93 | 45266 |
| | Mujer | 1,82 | 0,98 | |
| Videojuegos | Hombre | 1,78 | 0,93 | 45715 |
| | Mujer | 1,82 | 0,93 | |
| Deportes | Hombre | 1,83 | 1 | 46803,5 |
| | Mujer | 1,84 | 0,98 | |
| Software | Hombre | 1,72 | 0,97 | 45463 |
| | Mujer | 1,78 | 1 | |
| Plagio | Hombre | 1,32 | 1 | 44112,5 |
| | Mujer | 1,24 | 1,11 | |

De esta forma, no podemos aceptar la hipótesis H2 d). que predecía que «Las mujeres percibirán que el juicio moral del grupo de referencia hacia la conducta de descargar ilegalmente será más negativo de lo que lo perciben los hombres (norma prescriptiva)».

Enfoque de la legitimidad

Por lo que se refiere al juicio moral sobre la conducta, a nivel descriptivo no parece haber diferencias entre hombres y mujeres, salvo en el caso del plagio donde las mujeres lo perciben de media ($M=4,25$; $DT=1,16$) peor que los hombres ($M=3,91$; $DT=1,3$). De conformidad con la prueba de contraste de U de Mann-Whitney esta diferencia es estadísticamente significativa. Igualmente significativa es la diferencia entre géneros en cuanto a la descarga ilegal de software, donde mujeres perciben que está peor ($M=3,39$; $DT=1,27$) de lo que lo

perciben los hombres ($M=3,17$; $DT=1,32$). Esta información se encuentra en la Tabla 6.

Tabla 6.
Resumen de la variable «juicio moral» y U de Mann-Whitney

| Conducta | Género | M | DT | U | p | d |
|-------------|--------|------|------|----------|-------|------|
| Música | Hombre | 3,12 | 1,29 | 45268 | 0,446 | - |
| | Mujer | 3,2 | 1,29 | | | |
| Audiovisual | Hombre | 3,2 | 1,28 | 45960 | 0,662 | - |
| | Mujer | 3,24 | 1,25 | | | |
| Libros | Hombre | 3,24 | 1,29 | 46606,5 | 0,893 | - |
| | Mujer | 3,26 | 1,28 | | | |
| Videojuegos | Hombre | 3,27 | 1,24 | 45145 | 0,412 | - |
| | Mujer | 3,35 | 1,24 | | | |
| Deportes | Hombre | 3,16 | 1,34 | 44169,5 | 0,203 | - |
| | Mujer | 3,29 | 1,31 | | | |
| Software | Hombre | 3,17 | 1,32 | 42476* | 0,039 | 0,16 |
| | Mujer | 3,39 | 1,27 | | | |
| Plagio | Hombre | 3,91 | 1,3 | 39549*** | 0,000 | 0,27 |
| | Mujer | 4,25 | 1,16 | | | |

*La diferencia es significativa al nivel 0,05; **La diferencia es significativa al nivel 0,01 (bilateral); ***La diferencia es significativa al nivel 0,001

Así, solo podemos aceptar la hipótesis H2 e) de forma muy parcial, en la medida en que solamente se ha confirmado la predicción con respecto a la conducta de plagio y de piratería de software, siendo éstas conductas consideradas por las mujeres de forma más negativa en términos morales, pero no con el resto de las conductas, en las cuales no hay diferencias entre hombres y mujeres en cuanto a la evaluación moral realizada por los sujetos de la muestra

Autoeficacia percibida

La autoeficacia percibida se ha medido por medio de cinco ítems. Tal y como se puede observar en la Tabla 7, a nivel descriptivo observamos diferencias entre hombres y mujeres, en el sentido de que las mujeres informan percibirse menos eficaces que los hombres en lo que conlleva descargar ilegalmente de manera «eficaz». Así, por ejemplo, si observamos el valor «totalmente en desacuerdo» para cada uno de los ítems, exceptuando el primero de ellos, en el resto las mujeres están más en desacuerdo con afirmaciones como «sé cómo evitar descargar virus cuando me descargo contenido ilegal» o «sé utilizar los programas, software y webs para descargar».

Tabla 7.
Descriptivos de los ítems que miden la variable «autoeficacia percibida»

| Ítem | Género | Totalmente en desacuerdo (%) | En desacuerdo (%) | Ni en acuerdo ni en desacuerdo (%) | De acuerdo (%) | Totalmente de acuerdo (%) |
|---|--------|------------------------------|-------------------|------------------------------------|----------------|---------------------------|
| Creo que descargar contenido de Internet de manera ilegal es muy fácil y rápido | Hombre | 10,2 | 7,8 | 24,5 | 35,7 | 21,8 |
| | Mujer | 11 | 12,2 | 23,8 | 33,2 | 19,7 |
| Conozco todos los programas y páginas webs y todos los trucos para descargar contenidos | Hombre | 14,3 | 31,3 | 28,6 | 17,7 | 8,2 |
| | Mujer | 21,9 | 35,4 | 22,6 | 13,5 | 6,6 |
| Sé cómo evitar descargar virus cuando me descargo contenido ilegal | Hombre | 19,4 | 19,4 | 27,6 | 22,1 | 11,6 |
| | Mujer | 32,3 | 27,9 | 17,6 | 13,2 | 9,1 |
| Sé utilizar los programas, software y webs para descargar | Hombre | 14,3 | 12,2 | 20,1 | 32,3 | 21,1 |
| | Mujer | 21 | 19,1 | 19,4 | 26,6 | 13,8 |
| Sé cómo evitar mi detección por parte de las autoridades cuando descargo ilegalmente | Hombre | 32,3 | 24,8 | 23,5 | 12,9 | 6,5 |
| | Mujer | 44,8 | 30,4 | 13,2 | 5,3 | 6,3 |

Tras construir una única variable de «autoeficacia percibida» a partir de los anteriores 5 ítems y obtener una Alfa

de Cronbach que arroja una confiabilidad alta ($\alpha = 0.80$), como podemos observar en la Tabla 8, a nivel descriptivo las mujeres se perciben de media ($M= 1,63$; $DT= 0,91$) menos eficaces que los hombres ($M=1,96$; $DT=0,94$), diferencia entre géneros que tras aplicar la prueba de U de Mann Whitney se ha comprobado que son estadísticamente significativas.

Tabla 8.
Media entre género de habilidades técnicas

| | Género | M | DT | U | p | d |
|------------------------|--------|--------|---------|-------|-------|------|
| Autoeficacia percibida | Hombre | 1,9646 | 0,94061 | 36587 | 0,000 | 0,38 |
| | Mujer | 1,6313 | 0,91557 | | | |

En atención a lo anterior, en este caso sí podemos dar por aceptada la hipótesis H2 f) que predecía que «*Las mujeres se percibirán a sí mismas con menos habilidades para realizar las conductas de descarga ilegal de lo que se perciben a sí mismos los hombres*».

Otras variables control

Además de las anteriores variables, también se ha querido analizar si variables como el tiempo de uso de Internet al día o el estar suscrito a plataformas de pago como Netflix, HBO, Spotify, se distribuyen de manera diferente entre hombres y mujeres, ya que son variables que podrían estar detrás de la explicación de una mayor infracción en determinadas conductas de hombres con respecto a las mujeres, y son dos variables que están estrechamente relacionadas con el fenómeno de la piratería digital. En cuanto al tiempo de uso de Internet, tal y como podemos observar en la Tabla 9, el tiempo que pasan hombres y mujeres en Internet al día, a nivel descriptivo, es bastante similar, algo que nos confirma la prueba U de Mann Whitney que no arroja diferencias estadísticamente significativas ($U=45485$; $p=0,502$). En ambos casos, tanto hombres como mujeres informan que poco más del 30% pasan

entre 2 y 4 horas al día en Internet, y sobre el 35% lo utilizan entre 5 y 7 horas al día.

Tabla 9.

Descriptivos de las horas de uso de Internet al día

| Horas de uso de Internet al día | Hombres (%) | Mujeres (%) |
|---------------------------------|-------------|-------------|
| Menos de 2 h. | 3,7 | 1,6 |
| Entre 2 y 4 h | 31,6 | 32,9 |
| Entre 5 y 7 h | 35,7 | 34,2 |
| Entre 8 y 10 h | 16,7 | 17,9 |
| Más de 10 h | 12,2 | 13,5 |

Por lo que se refiere a la suscripción a plataformas de pago donde poder visualizar o escuchar contenidos de manera legal, de media las mujeres están suscritas a $M=2,48$ ($DT=1,59$) plataformas mientras que los hombres están suscritos de media a $M=2,57$ ($DT=1,72$) plataformas de pago. A nivel descriptivo son valores muy similares, y la prueba *t-de Student* aplicada confirma que las diferencias no son estadísticamente significativas, por lo que tanto hombres como mujeres están de media suscritos al mismo número de plataformas de pago (véase Tabla 10).

Tabla 10. *Descriptivos de la variable «suscripción a plataformas de pago» y t de Student*

| | Género | M | DT | t | p |
|-----------------------------------|--------|------|------|------|-------|
| Suscripción a plataformas de pago | Hombre | 2,57 | 1,72 | 0,73 | 0,466 |
| | Mujer | 2,48 | 1,59 | | |

En atención a lo anterior, no podemos confirmar las hipótesis H2 g) y H2 h) que hipotetizaban que los hombres pasan más tiempo en Internet y están suscritos a menos plataformas que las mujeres.

4.3. RESULTADOS DEL ANÁLISIS BIVARIANTE

Con el objetivo de analizar la relación entre las variables independientes y la realización de las conductas tenidas en

cuenta en este trabajo, se ha procedido a realizar un análisis bivariante teniendo en cuenta si las conductas las han realizado las mujeres o si las han realizado los hombres.

En cuanto a las conductas realizadas por mujeres, podemos observar en la Tabla 11 que la certeza no correlaciona con ninguna de las conductas. Sin embargo, la severidad sí correlaciona con la descarga ilegal de contenido audiovisual, de videojuegos y el acceso ilegal a partidos de fútbol. Si bien la correlación podría calificarse de débil, resulta igualmente llamativa la dirección de la correlación: a mayor severidad mayor incumplimiento. Esta dirección contradice la hipótesis que hay detrás de la disuasión.

En relación con las variables de la influencia social, podemos observar que la norma prescriptiva correlaciona con todas las conductas; también la norma descriptiva exceptuando en el supuesto de la descarga ilegal de contenido audiovisual. De este modo, cuanto más informan las mujeres que las desaprobaban por realizar esas conductas, menor es su realización y, por otro, cuanto más gente creen que las realizan, mayor es su realización (excepto en el caso de descarga ilegal de contenidos audiovisuales en la que la relación no es significativa estadísticamente).

Si atendemos a la variable del juicio moral podemos observar que correlaciona significativamente todas las conductas excepto con la descarga ilegal de videojuegos y el acceso ilegal a partidos de fútbol, todas ellas en sentido negativo de tal modo que a peor es el juicio moral sobre la conducta, mayor es el cumplimiento. En cuanto a la autoeficacia percibida correlaciona con todas las conductas, y cabe decir que esta es la variable que presenta las correlaciones más fuertes con todas las conductas. Por último, la variable relativa a la suscripción de plataformas de pago correlaciona significativamente con la conducta de descarga ilegal de libros y videojuegos, si bien la correlación puede adjetivarse de débil. En cambio, el tiempo de

uso de Internet al día no correlaciona con ninguna conducta evaluada.

Tabla 11.

Correlaciones entre la variable «frecuencia de cumplimiento» y las variables independientes en el caso de las mujeres

| | | Música | Audiovisual | Libros | Videojuegos | Deportes | Software | Plagio |
|----------------------|----------|---------|-------------|---------|-------------|----------|----------|---------|
| Severidad | <i>r</i> | 0,013 | ,123* | 0,033 | ,126* | ,130* | -0,004 | -0,020 |
| | <i>p</i> | 0,820 | 0,028 | 0,560 | 0,024 | 0,020 | 0,946 | 0,726 |
| Certeza | <i>r</i> | -0,081 | -0,089 | -0,051 | -0,030 | 0,061 | 0,006 | -0,069 |
| | <i>p</i> | 0,149 | 0,114 | 0,361 | 0,598 | 0,278 | 0,909 | 0,222 |
| Norma prescriptiva | <i>r</i> | ,208** | ,120* | ,188** | ,212** | ,165** | ,194** | ,235** |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,032 | 0,001 | 0,000 | 0,003 | 0,000 | 0,000 |
| Norma descriptiva | <i>r</i> | ,385** | 0,050 | ,251** | ,280** | ,132* | ,268** | ,271** |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,373 | 0,000 | 0,000 | 0,019 | 0,000 | 0,000 |
| Juicio moral | <i>r</i> | -,244** | -,116* | -,180** | -0,101 | -0,021 | -,144* | -,232** |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,039 | 0,001 | 0,073 | 0,711 | 0,010 | 0,000 |
| Habilidades técnicas | <i>r</i> | ,306** | ,244** | ,309** | ,280** | ,208** | ,258** | ,133* |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,018 |
| Plataformas | <i>r</i> | 0,041 | 0,070 | ,115* | ,142* | 0,058 | 0,107 | 0,073 |
| | <i>p</i> | 0,461 | 0,213 | 0,041 | 0,011 | 0,304 | 0,056 | 0,194 |
| Horas | <i>r</i> | 0,064 | 0,068 | 0,090 | 0,072 | 0,044 | 0,027 | 0,043 |
| | <i>p</i> | 0,253 | 0,223 | 0,108 | 0,199 | 0,434 | 0,637 | 0,448 |

Si atendemos a las correlaciones en el caso de los hombres, observamos que ni la certeza ni la severidad correlacionan con ninguna de las conductas evaluadas, a diferencia de las correlaciones para las conductas de mujeres donde la severidad sí correlacionaba con diversas conductas y en una dirección opuesta a la que cabría esperar. En todo caso, lo anterior es a excepción de la conducta de descarga ilegal de software donde la certeza correlaciona negativamente con la conducta y esta relación es estadísticamente significativa. Esto es: a menor certeza percibida mayor es la frecuencia de esta conducta, si bien la correlación puede considerarse débil. Por otro lado, igualmente cabe señalar que, aunque la severidad no correlacione significativamente con las conductas evaluadas, la

dirección de la relación es la misma que en el caso de las mujeres: a mayor severidad mayor frecuencia de incumplimiento.

Por lo que se refiere a las variables de la influencia social, observamos que la norma prescriptiva correlaciona con todas las conductas evaluadas salvo la descarga ilegal de videojuegos. Esto es, a mayor desaprobación social creen los sujetos que tendrían las diferentes, menor es la frecuencia de incumplimiento, exceptuando en el supuesto de la descarga ilegal de videojuegos. En el caso de la norma descriptiva, ésta variable correlaciona con todas las conductas evaluadas, y cabe decir que estas son las correlaciones más fuertes que se dan de todas las variables evaluadas. Así, cuanto más gente creen los sujetos que la gente realiza estas conductas, mayor frecuencia de realización de las mismas se da.

En el caso del juicio moral, observamos que también se da una correlación entre esta variable y todas las conductas y la correlación es de signo negativo, por lo que cuanto peor es el juicio moral que merecen las conductas, menor es la frecuencia del mismo. Si atendemos a la variable «autoeficacia percibida» observamos que ésta correlaciona con todas las conductas a excepción del plagio. En este caso, cuanto mayor es la autoeficacia percibida mayor es la frecuencia de incumplimiento.

Finalmente, por lo que se refiere a las horas de uso en Internet y a la suscripción de plataformas, mientras que el tiempo de uso en Internet correlaciona significativamente solo con la conducta de acceso ilegal a partidos de fútbol y otros deportes en el sentido de que cuanto más tiempo de uso mayor es el acceso ilegal, la suscripción a plataformas de pago no correlaciona significativamente con ninguna de las conductas evaluadas.

Tabla 12.

Correlación de Spearman para la muestra de hombres

| | | Música | Audiovisual | Libros | Videojuegos | Deportes | Software | Plagio |
|----------------------|----------|---------|-------------|---------|-------------|----------|----------|---------|
| Severidad | <i>r</i> | -0,014 | 0,048 | 0,007 | -0,051 | 0,018 | -0,031 | 0,019 |
| | <i>p</i> | 0,814 | 0,410 | 0,907 | 0,379 | 0,754 | 0,596 | 0,748 |
| Certeza | <i>r</i> | -0,107 | -0,081 | -0,053 | -0,069 | 0,025 | -,128* | -0,099 |
| | <i>p</i> | 0,066 | 0,168 | 0,364 | 0,241 | 0,670 | 0,028 | 0,091 |
| Norma prescriptiva | <i>r</i> | ,247** | ,296** | ,230** | 0,094 | ,149* | ,200** | ,137* |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,108 | 0,011 | 0,001 | 0,019 |
| Norma descriptiva | <i>r</i> | ,418** | ,239** | ,311** | ,237** | ,199** | ,370** | ,297** |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,001 | 0,000 | 0,000 |
| Juicio moral | <i>r</i> | -,233** | -,191** | -,258** | -,208** | -,180** | -,215** | -,369** |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,001 | 0,000 | 0,000 | 0,002 | 0,000 | 0,000 |
| Habilidades técnicas | <i>r</i> | ,302** | ,226** | ,264** | ,284** | ,269** | ,306** | 0,109 |
| | <i>p</i> | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,000 | 0,061 |
| Plataformas | <i>r</i> | 0,026 | -0,008 | 0,004 | 0,055 | 0,053 | 0,049 | 0,056 |
| | <i>p</i> | 0,659 | 0,885 | 0,946 | 0,350 | 0,367 | 0,406 | 0,338 |
| Horas | <i>r</i> | 0,038 | -0,037 | 0,059 | 0,057 | ,156** | 0,084 | 0,052 |
| | <i>p</i> | 0,519 | 0,525 | 0,315 | 0,331 | 0,008 | 0,152 | 0,370 |

4.4. MODELIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE DESCARGA ILEGAL DE CONTENIDO AUDIOVISUAL, DE SOFTWARE, DE ACCESO ILEGAL A PARTIDOS DE FÚTBOL Y OTROS DEPORTES Y DE PLAGIO.

Una vez analizadas las correlaciones tanto en hombres como en mujeres, y con el objetivo de analizar qué factores explicativos del cumplimiento de los que se han tenido en cuenta en este trabajo pueden explicar el cumplimiento de las mujeres, y en qué medida éstos son diferentes en los hombres, se ha procedido a modelizar aquellas conductas en las que de conformidad con los análisis, son cometidas más por hombres que por mujeres, es decir, donde persiste la brecha de género: descarga ilegal de contenido audiovisual, descarga ilegal de software, acceso ilegal a partidos de fútbol u otros deportes y el plagio. En este sentido, se ha empleado una regresión logística binaria por cada

conducta y, asimismo, por cada uno de los géneros (véase Tabla 13).

Atendiendo a la conducta de descarga ilegal de contenido audiovisual en el caso de los hombres, tras tres pasos, de todas las variables independientes analizadas en este trabajo, sólo las variables «norma prescriptiva», «norma descriptiva» y «autoeficacia percibida» han mostrado tener un efecto significativo con el cumplimiento de estas normas. En este sentido, el modelo explica el 12,2% de la varianza de la muestra recogida (R^2 de Nagelkerke) y clasifica el 61,8% de los casos de cumplimiento correctamente. De conformidad con los resultados de este primer modelo, las variables «norma prescriptiva», «norma descriptiva» y «autoeficacia percibida» aumentan la probabilidad de incumplir (60,8%, 55,6% y un 56,8% respectivamente). Si atendemos al modelo realizado sobre la muestra de mujeres, tras un único paso observamos que sólo la variable «autoeficacia» ha entrado a formar parte del modelo, y solo esta variable explica el 8% de la varianza de la muestra. De este modo, esta variable aumenta la probabilidad de incumplir en el caso de las mujeres (64,9%) (véase Tabla 13). De esta manera, observamos que mientras que en el caso de los hombres son variables predictoras tres de las tenidas en cuenta, en el caso de las mujeres solo la autoeficacia percibida muestra un efecto significativo.

En el caso de la descarga ilegal de software, en el modelo de los hombres tras tres pasos entraron a formar parte del modelo las variables «autoeficacia percibida», «norma descriptiva» y «juicio moral». Este modelo explica un 21,5% de la varianza de la muestra (R^2 de Nagelkerke) y clasifica correctamente el 65,2% de los casos de cumplimiento. Así, las variables autoeficacia percibida y norma descriptiva aumentan las probabilidades de incumplir (60,8% y un 62,8% respectivamente). En cambio, la variable «juicio moral» reduce la probabilidad de infringir esta norma (43,7%). En el caso del modelo de las mujeres para la conducta de descarga ilegal de

software, tras dos pasos, entraron a formar parte del mismo las variables «autoeficacia percibida» y «norma descriptiva». Este modelo explica el 12,7% de la varianza de la muestra y clasifica correctamente el 62,9% de los casos de cumplimiento. De este modo, estas dos variables hacen aumentar la probabilidad de incumplir (60,5% y un 59,3% respectivamente).

Con respecto a la conducta de acceso ilegal a partidos de fútbol u otros deportes (i.e. canales piratas), en el modelo de los hombres observamos que, tras dos pasos, son variables predictoras solo la autoeficacia percibida y el juicio moral. Este modelo explica un 11,1% de la varianza de la muestra (R^2 de Nagelkerke) y clasifica correctamente el 77,1% de los casos de cumplimiento. De conformidad con este modelo, la variable «autoeficacia percibida» aumenta la probabilidad de incumplir (62,9%) y la variable «juicio moral» reduce la probabilidad de incumplir (43,6%). En el caso de las mujeres, tras tres pasos las variables «autoeficacia percibida», «severidad» y «norma prescriptiva» muestran un efecto significativo sobre el cumplimiento. El modelo explica un 14% de la varianza de la muestra (R^2 de Nagelkerke) y clasifica correctamente el 65,9% de los casos de cumplimiento. Estas tres variables hacen que aumente la probabilidad de incumplir (62,5%, un 58,07% y un 59,6% respectivamente). En este caso, resulta llamativo que en este último modelo una mayor severidad percibida tiene un efecto contrario al que se hipotetiza desde el enfoque de la disuasión, del mismo modo que sucede con respecto a los análisis correlacionales.

Finalmente, con respecto a la conducta de plagio, como se puede observar en la Tabla 13, en el modelo de los hombres solamente entraron a formar parte del mismo tras dos pasos las variables «norma descriptiva» y «juicio moral». Este modelo explica el 23,4% de la varianza de la muestra y clasifica correctamente el 81,2% de los casos de cumplimiento. De conformidad con las OR, la variable «norma descriptiva» aumenta la probabilidad de incumplir en un 61,9%, y

la variable «juicio moral» disminuye la probabilidad de incumplir en un 36,1%. En el modelo de las mujeres, además de las anteriores tras tres pasos entra primero la «norma prescriptiva», después la «norma descriptiva» y finalmente el «juicio moral». Este modelo explica un 15,6% de la varianza y clasifica correctamente 77,9% de los casos de cumplimiento. Así, mientras que la norma descriptiva y la norma prescriptiva aumentan la probabilidad de incumplir (58,5% y un 59,6%, respectivamente), la variable juicio moral la reduce (43,7%).



Tabla 13.

Resumen de las regresiones logísticas binarias del cumplimiento de las conductas infractoras en las que se dan diferencias de género¹¹⁰⁵.

| | Género | Variables predictoras | B (E.T) | Wald | O.R. | R ² Nagelkerke | % Clasificación correcta |
|---|-------------------|------------------------|------------------------|---------------|--------|---------------------------|--------------------------|
| Descarga ilegal de contenido audiovisual | Hombre | Norma prescriptiva | 0,442 (0,152) | 8,41** | 1,556 | 0,122 | 61,8 |
| | | Norma descriptiva | 0,229 (0,116) | 3,89* | 1,257 | | |
| | | Autoeficacia percibida | 0,275 (0,14) | 3,83* | 1,316 | | |
| | Mujer | Autoeficacia percibida | 0,617 (0,147) | 17,67*** | 1,854 | 0,084 | 57,1 |
| Descarga ilegal de software | Hombre | Autoeficacia percibida | 0,443 (0,143) | 9,52** | 1,557 | 0,215 | 65,2 |
| | | Norma descriptiva | 0,527 (0,119) | 19,54*** | 1,693 | | |
| | | Juicio moral | -0,251 (0,102) | 6,05** | 0,778 | | |
| | Mujer | Autoeficacia percibida | 0,428 (0,137) | 9,81** | 1,534 | 0,127 | 62,9 |
| Norma descriptiva | 0,379 (0,097) | 15,15*** | 1,46 | | | | |
| Acceso ilegal a partidos de fútbol u otros deportes | Hombre | Autoeficacia percibida | 0,53 (0,143) | 13,69*** | 1,698 | 0,111 | 77,1 |
| | | Juicio moral | -0,258 (0,097) | 7,11** | 0,773 | | |
| | | Mujer | Autoeficacia percibida | 0,515 (0,17) | 9,16** | | |
| | Severidad | 0,326 (0,109) | 8,94** | 1,385 | | | |
| Norma prescriptiva | 0,391 (0,163) | 5,76** | 1,478 | | | | |
| Plagio | Hombre | Norma descriptiva | 0,489 (0,128) | 14,60*** | 1,631 | 0,234 | 81,2 |
| | | Juicio moral | -0,568 (0,114) | 24,81*** | 0,567 | | |
| | | Mujer | Norma prescriptiva | 0,346 (0,152) | 5,15* | | |
| | Norma descriptiva | 0,392 (0,139) | 7,96** | 1,479 | | | |
| | Juicio moral | -0,249 (0,127) | 3,83* | 0,777 | | | |

Nota: * $p < 0,05$; ** $p < 0,01$; *** $p < 0,001$

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En este trabajo hemos partido de tres objetivos: por un lado, analizar si la brecha de género se daba en las conductas de piratería digital según lo señalado por algunos estudios¹¹⁰⁶ o si la misma se había acertado tal y como han venido indicando

¹¹⁰⁵ Para comprobar la bondad de la ajuste se aplicó la prueba *Hosmer y Lemeshow* encontrando valores de chi-cuadrado en todas ellas con una significación superior al 0,05.

¹¹⁰⁶ HOLLINGER, R. C., «Crime by computer...», *ob. cit.*; BOSSLER, A. M., y MAY, D. C., «Low self-control...», *ob. cit.*; HIGGINS, G. E., «Gender Differences...», *ob. cit.*; COX, J., y COLLINGS, A., «Sailing in the...», *ob. cit.*; DONNER, C. M., «The Gender Gap...», *ob. cit.*;

otros trabajos¹¹⁰⁷. Por otro, también partíamos del objetivo de analizar con respecto al cumplimiento de las normas de propiedad intelectual si el mismo podía explicarse a partir de los enfoques que la literatura previa ha establecido que son relevantes en el cumplimiento de las normas y que se han venido explorando en estudios anteriores¹¹⁰⁸. Se trataba, pues, de analizar si estos enfoques son neutrales al género o si, por el contrario, sigue vigente una de las principales críticas de la criminología feminista a las teorías tradicionales explicativas del crimen. Y, por último, también era objetivo de este trabajo analizar qué factores explicativos de los analizados tradicionalmente por la literatura sobre cumplimiento normativo están detrás del cumplimiento de ellas.

En relación con el primero de los objetivos, tal y como hemos podido comprobar la brecha de género persiste, pero no con respecto a todas las conductas evaluadas. Por este motivo, quizá, pueda encontrarse que la literatura al respecto arroja resultados mixtos, pero éstos pueden deberse al tipo de conductas, o más bien al tipo de obra u objeto protegido, que se evalúan en los distintos estudios y no tanto a que los hallazgos sean contradictorios. Si se trata de estudios que analizan la conducta de *software piracy*, tal y como indica la literatura al respecto, ésta es una conducta que realizan más los hombres que las mujeres¹¹⁰⁹. De este modo, nuestros resultados con respecto

¹¹⁰⁷ ROBERSTON, K., *et al.*, «Illegal Downloading...», *ob. cit.*; HOLT, T. J., y MORRIS, R. G., «An exploration...», *ob. cit.*; HIGGINS, G. E., WOLFE, S. E., y MARCUM, C. D., «Digital piracy...», *ob. cit.*; MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender...», *ob. cit.*; WOLFE, S. E., y HIGGINS, G. E., «Explaining deviant...», *ob. cit.*

¹¹⁰⁸ GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*; Rando Casermeiro, P., «Disuasión...», *ob. cit.*; PÉREZ-DOMÍNGUEZ, S., CASTRO-TOLEDO, F. J., y MIRÓ LLINARES, F., «Prevalencia...», *ob. cit.*; CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites...», *ob. cit.*

¹¹⁰⁹ HIGGINS, G. E., «Gender Differences...», *ob. cit.*; HINDUJA, S., «Trends and patterns...», *ob. cit.*; HINDUJA, S., «Neutralization theory...», *ob. cit.*

a esta conducta en concreto se alinean con los encontrados en la literatura. En cambio, si lo que se está evaluando es la descarga ilegal de música, no hemos encontrado diferencias estadísticamente significativas entre géneros, en la línea de la literatura al respecto¹¹¹⁰. En este sentido, podemos decir a partir de nuestros resultados que la brecha de género en el ámbito de la piratería digital todavía se produce, aunque solo con respecto a determinados contenidos. Concretamente, los hombres descargan más ilegalmente contenido audiovisual, software, acceden más ilegalmente a partidos de fútbol u otros deportes que las mujeres y, también, informan realizar más conductas de plagio que las mujeres. Sin embargo, las mujeres descargan tanto como los hombres en términos de prevalencia otros contenidos como música, libros o artículos o videojuegos.

En este sentido, las mujeres se han ido incorporando a las conductas de piratería digital, especialmente, a las que tienen que ver con el ocio. Así, ya resulta muy difícil sostener las explicaciones de principios de los 2000 que asumían que las mujeres hacen menos uso de Internet, que los roles de género alcanzaban al ciberespacio percibido como un lugar eminentemente masculino o que los hombres pasan más tiempo en Internet que las mujeres. Y ello porque tal y como hemos analizado en nuestro estudio, hombres y mujeres pasan de media el mismo tiempo haciendo uso de Internet al día, y también las mujeres se van incorporando al ocio en Internet como en el caso de la música, los libros o en un ámbito que podía estar más estereotipado como es el de los videojuegos. Así, en un informe del sector de los videojuegos en España de 2019 mostraba el perfil de los jugadores. De 15 millones de jugadores, el 42% son mujeres¹¹¹¹. En cambio, sigue habiendo diferencias de género en la descarga ilegal de contenido audiovisual,

¹¹¹⁰ ¹¹¹⁰ ROBERSTON, K., *et al.*, «Illegal Downloading...», *ob. cit.*; HOLT, T. J., y MORRIS, R. G., «An exploration...», *ob. cit.*; HIGGINS, G. E., WOLFE, S. E., y MARCUM, C. D., «Digital piracy...», *ob. cit.*

¹¹¹¹ Disponible en: <http://www.aevi.org.es/web/wp-content/uploads/2020/04/AEVI-ANUARIO-2019.pdf>

software, acceso ilegal a partidos de fútbol y el plagio. Quizás, la conducta sobre la que es más llamativa la brecha de género es la relativa a la descarga de contenido audiovisual, pero como hemos visto no resulta plausible atribuir esta diferencia al tiempo de uso de Internet al día, ni tampoco a la suscripción a plataformas de pago. Podría pensarse que los hombres están suscritos a menos plataformas de pago y por ello descargan más, pero de conformidad con nuestros análisis, hombres y mujeres están suscritos de media prácticamente a la misma cantidad de plataformas de pago. En este sentido, podría atribuirse esta diferencia a la propia diferencia de género que se da en cuanto al consumo de este tipo de contenidos. De esta manera, de conformidad con el informe de Muñoz López y ANTÓN MARTÍNEZ, que analiza el consumo de contenidos digitales, destacan que «el consumo de contenidos digitales es mayor entre los hombres que las mujeres. En casi todos los tipos de contenidos digitales son más los usuarios hombres que las mujeres, a excepción del uso de redes sociales, que es prácticamente igual, y la lectura en libro electrónico, utilizado por el 24,7% de mujeres y 22,3% de hombres»¹¹¹². De conformidad con este mismo informe, respecto del consumo de películas, series etc., el 63,5% de los hombres lo consumen frente al 55,5% de las mujeres. Si bien en este informe no se explicita si esta diferencia es estadísticamente significativa, atendiendo al tamaño muestral del estudio (3.349 entrevistas) cabe esperar que lo sea. No obstante, estos datos tampoco nos explican por qué los hombres siguen viendo más contenido audiovisual que las mujeres y, en consecuencia, por qué ellos descargan este contenido más que ellas, aunque en la literatura algunos estudios han arrojado resultados en este sentido¹¹¹³. Si bien se ha de llevar a cabo mucha más investigación, tanto cualitativa

¹¹¹² MUÑOZ LÓPEZ, L., y ANTÓN MARTÍNEZ, P., *Estudio de uso y actitudes de consumo de contenidos digitales*, Julio de 2017, p. 20. Disponible en: <https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/Usos%20y%20actitudes%20de%20consumo%20de%20contenidos%20digitales.%20Julio%202017.pdf>

¹¹¹³ COX, J., y COLLINGS, A., «Sailing in the...», *ob. cit.*; SMALLRIDGE, J. L., y ROBERTS, J. R., «Crime Specific...», *ob. cit.*

como cuantitativa, para poder entender esta brecha, podría hipotetizarse que las mujeres en este sentido disponen de menos tiempo para el ocio de este tipo que los hombres. Así, por ejemplo, de conformidad con ROMERO, OLIVEROS y LÓPEZ, a partir del análisis de los datos de OCDE, Stat y de la Encuesta de Empleo del Tiempo del INE, encuentran que las mujeres dedican dos horas más al día que los hombres al hogar y la familia y, en este sentido, esto hace que tengan de promedio una hora y treinta y siete minutos menos al día que los hombres¹¹¹⁴.

Por otro lado, en cuanto al acceso ilegal a partidos de fútbol u otros deportes, podría hipotetizarse que los estereotipos de género todavía alcanzan a la infracción de las normas de propiedad intelectual en el ámbito de los deportes. En todo caso, atendiendo a los factores explicativos del cumplimiento, de conformidad con nuestros datos, en el caso de los hombres la probabilidad de acceder ilegalmente a partidos de fútbol u otros deportes está relacionada con una mayor percepción de autoeficacia y también con el juicio moral, es decir, cuanto más autoeficacia percibida y cuanto más crean que esta conducta no está mal en términos morales más probabilidad tienen de realizarla. En el caso de las mujeres, además de la autoeficacia (la cual, de media las mujeres se perciben menos autoeficaces que los hombres para cometer conductas de piratería digital), son variables predictoras la severidad percibida de la sanción y la norma prescriptiva, es decir, el juicio moral (de reproche) del grupo de referencia. Posiblemente, lo más llamativo de este modelo sea precisamente la entrada de la variable severidad percibida y lo es por dos razones: en primer lugar, porque en anteriores estudios similares, pero en los que se han puesto a prueba los diferentes enfoques de cumplimiento en general, sin diferenciar entre hombres y mujeres, ni la variable severidad ni la variable certeza han entrado a formar parte de los modelos

¹¹¹⁴ ROMERO, M., OLIVEROS, R., y LÓPEZ, V., «La brecha de género también afecta al ocio», julio de 2019. Disponible en: <https://www.empresaglobal.es/EGAFI/contenido/1877136/1601149/busqueda.html>

correspondientes en la línea de lo que indica la literatura en la materia¹¹¹⁵. En segundo lugar, por la dirección de esta variable ya que es la contraria a la hipótesis de la disuasión: la severidad percibida aumenta la probabilidad de infringir esta norma concreta. En cuanto a este resultado, podría interpretarse que en la medida en que tal y como ha indicado la literatura, de las dos variables es la certeza la que, en realidad, tiene un efecto claro sobre el cumplimiento de las normas¹¹¹⁶, en este estudio la certeza es tan baja que es posible que la severidad no sea totalmente tenida en cuenta. Pero también, en la medida en que el reproche moral del grupo de referencia entra a formar parte o es variable predictora del cumplimiento de las normas por parte de ellas, este resultado nos podría indicar que sobre aquellas conductas que son más graves (y, por tanto, les corresponde según los sujetos una severidad más alta, que sería lo que están puntuando en la variable «severidad percibida») y son asimismo predictoras del incumplimiento, los factores explicativos solo pueden estar relacionados con la legitimidad, con la valoración de lo justa o injusta que es la conducta.

Por su parte, en el caso del plagio, también puede observarse que las mujeres perciben que esta conducta está peor en términos morales que los hombres y, de hecho, de conformidad con las regresiones logísticas realizadas, en el caso de las mujeres las variables que tienen un efecto sobre el cumplimiento son precisamente la norma prescriptiva (el juicio moral del grupo de referencia), la norma descriptiva y el juicio moral.

Por lo que se refiere al segundo de los objetivos generales, el de comprobar si los factores de cumplimiento normativo que

¹¹¹⁵ GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*; Rando Casermeiro, P., «Disuasión...», *ob. cit.*; PÉREZ-DOMÍNGUEZ, S., CASTRO-TOLEDO, F. J., y MIRÓ LLINARES, F., «Prevalencia...», *ob. cit.*; CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites...», *ob. cit.*

¹¹¹⁶ HIGGINS, G. E., WILSON, A. L., y FELL, B. D., «An application of...», *ob. cit.*

la literatura ha indicado que son relevantes para su explicación son neutrales al género, hemos podido analizar que en su gran mayoría sí, esto es, no se distribuyen de manera diferente en hombres que en mujeres. Así, desde el enfoque de la disuasión se hipotetizaba que las mujeres percibirían una mayor severidad y certeza de las sanciones que los hombres, pero se ha comprobado que se éstas se distribuyen de manera similar en hombres y en mujeres. Lo mismo se ha comprobado con respecto a las variables de la influencia social y la legitimidad. Respecto de esta última cabría matizar que, si bien no se dan diferencias entre el juicio moral de hombres y mujeres y las diferentes conductas evaluadas, el plagio constituye una excepción en la medida en que las mujeres perciben que esta conducta está peor en términos morales de lo que lo perciben los hombres. Pero también se ha comprobado que ni en el tiempo de uso en Internet ni la suscripción a plataformas de pago se da una brecha de género. La única variable sobre las que se ha comprobado que se da una diferencia estadísticamente significativa entre hombres y mujeres y que, además, es una variable que entra a formar parte de varios modelos de los llevados a cabo es la de autoeficacia percibida. Esto es: las mujeres se perciben menos capaces o que tienen menos habilidades técnicas para llevar a cabo conductas de piratería digital de lo que se perciben a sí mismos los hombres. Estos resultados, además, están en la línea de trabajos anteriores¹¹¹⁷.

En resumen, en materia de piratería digital cabría afirmar que la brecha de género persiste, pero dependiendo del tipo de conducta u objeto de protección de propiedad intelectual, en la línea de lo señalado por SMALLRIDGE y ROBERTS¹¹¹⁸. Ésta se da especialmente con aquellas que tienen que ver con un determinado ocio (contenido audiovisual y fútbol) y también con aquellas sobre las que son factores explicativos el juicio moral o el reproche que esas conductas merecen o con la

¹¹¹⁷ SANHI, S. P., y GUPTA., I., *Piracy in the...*, *ob. cit.*

¹¹¹⁸ SMALLRIDGE, J. L., y ROBERTS, J. R., «Crime Specific...», *ob. cit.*

autoeficacia percibida. En este sentido las mujeres son las que menos realizan las conductas que son percibidas más inmorales como es el caso del plagio, así como aquellas en las que hay una relación con variables como la autoeficacia. Dicho de otro modo, la brecha de género todavía persiste con respecto a aquellas conductas que, o bien por factores ambientales o técnicos, o bien porque se trata de aquellas que son consideradas más graves o peor en términos morales ya sea el juicio moral propio o el que realizaría el grupo de referencia, las mujeres realizan menos. Con ello, podríamos decir que la brecha de género en este ámbito puede tener que ver con la menor socialibilidad moral de los hombres, y también con una cuestión técnica, como es que las mujeres puntúan menos que los hombres en autoeficacia percibida. Si bien con respecto a esta última variable y las conductas que con ella se relacionan, así como las que tienen que ver con cuestiones como la desigualdad entre las horas que las mujeres pueden dedicar al ocio (como hipotetizamos que ocurre sobre la conducta de descarga ilegal de contenido audiovisual) cabría asumir que con el trascurso del tiempo esta brecha se acortará, al igual que se ha acortado la relativa al consumo y descarga ilegal de música, libros o videojuegos.

En cuanto a por qué incumplen ellas las normas en Internet o cuáles son los factores explicativos del cumplimiento en el caso de las mujeres, en el presente trabajo se ha modelizado el cumplimiento de las cuatro conductas infractoras en las que se dan diferencias de género en la prevalencia. Así, con respecto a la conducta de descarga ilegal de contenido audiovisual, de todas las variables tenidas en cuenta en este estudio, solo la autoeficacia percibida ha entrado a formar parte del modelo. Ni el enfoque de la disuasión, ni el de la influencia social ni tampoco el de la legitimidad tienen valor explicativo en el cumplimiento de esta norma en concreto. Con respecto a la descarga ilegal de software, solo han entrado a formar parte del modelo la autoeficacia percibida y la norma descriptiva. Quizás el modelo de más interés en lo que a los enfoques de cumplimiento se refiere es el relativo al acceso ilegal de partidos

de fútbol. En este caso, son variables predictoras la autoeficacia percibida, la severidad y la norma prescriptiva. Esto es, es el único modelo en el que el enfoque de la disuasión tiene un alcance explicativo del cumplimiento, en concreto, con respecto a la variable de la severidad tal y como se ha comentado anteriormente. Finalmente, con respecto a la conducta de plagio son normas predictoras la norma prescriptiva (juicio moral del grupo de referencia), la norma descriptiva y el juicio moral de la conducta, mostrando que el cumplimiento de esta conducta en el caso de las mujeres depende en gran medida de variables relacionadas con la moralidad de la conducta. Estos resultados, son similares a los obtenidos en estudios anteriores pero analizados para muestras sin diferenciar entre hombres y mujeres¹¹¹⁹.

Si bien es necesario atender a las limitaciones de esta investigación como, por ejemplo, la formulación de los ítems o también los valores de las R^2 de Nagelkerke de algunos modelos y que sugieren que es necesario seguir investigando las variables que están detrás del cumplimiento de las normas o la necesidad de seguir profundizando en otras variables que puedan estar íntimamente relacionadas con este tipo de conductas como la edad, con el presente trabajo contribuimos a la literatura sobre la brecha de género en el cibercrimen, en concreto, de la piratería digital que, por otra parte, es especialmente escasa a nivel nacional pero también en la literatura internacional. Asimismo, una de las fortalezas de este estudio es que se emplea una muestra representativa de la población española, superando el sesgo que suelen tener estudios de este tipo que parten de muestras compuestas normalmente por estudiantes universitarios. Por otro lado, también es reseñable que en este estudio se han analizado distintas conductas y descargas de distintos tipos de obras protegidas por los derechos de autor, lo cual ha permitido obtener una imagen más amplia de la brecha de género en la

¹¹¹⁹ GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*;
GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*

piratería digital de la de aquellos estudios que solamente evalúan un tipo muy concreto de piratería.





CAPÍTULO VIII. INDAGANDO EN EL MENSAJE DISUASORIO Y SU INTERACCIÓN EN ÁMBITOS COMPLEJOS

Este capítulo está integrado por los siguientes dos artículos previamente publicados:

- Miró Llinares, F., y Gómez Bellvís, A. B., «Freedom of expresión in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical análisis of normative compliance and self-censorship», en *Spanish Journal of Legislative Studies*, vol. 1, núm. 1, 2020.
- Gómez Bellvís, A. B., «La disuasión penal en el estado de alarma: sobre la eficacia de la amenaza del castigo de la desobediencia al confinamiento», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2020.



ESTUDIO 3. FREEDOM OF EXPRESSION IN SOCIAL MEDIA AND CRIMINALIZATION OF HATE SPEECH IN SPAIN: EVOLUTION, IMPACT AND EMPIRICAL ANALYSIS OF NORMATIVE COMPLIANCE AND SELF-CENSORSHIP

1. FREEDOM OF EXPRESSION IN SPAIN AND ITS DETERMINANTS

1.1. MORE OR LESS FREEDOM OF EXPRESSION? EVIDENCE REGARDING THE IMPACT OF THE CRIMINALISATION AND JUDICIALIZATION OF HATE SPEECH

Recently in Spain, and perhaps due to political tensions, it is common to hear positive or negative public declarations regarding the quality of democracy and in particular the state of freedom of expression, which is an indisputable pillar in the formation and shaping of the democratic being¹¹²⁰. While the popularisation of social networks should improve the free expression of opinions and ideas¹¹²¹, in reality, many of the aforementioned declarations claim that there has been an involution. It is said that freedom of expression in Spain is at

¹¹²⁰ See, for in-depth analysis: PRESNO LINERA, M. Á., and TERUEL LOZANO, G. M., *La libertad de expresión en América y Europa*, Editorial Juruá, Lisboa, 2017.

¹¹²¹ On the one hand, by increasing possible dissemination and, therefore, the potential impact of any statement, and, on the other hand, by democratizing public declarations by adding social networks to traditional communication channels and, thus, overcoming of some of the limitations regarding access and dissemination of media.

risk¹¹²², that this human right is suffering a regression, and even that public persecution of political dissent is behind the criminalisation of certain forms of public expression¹¹²³. Some of the claims are not backed by serious and objective arguments, rather, they merely reference a specific situation which has been partially interpreted. However, others are based on well-known comparative indices that are used to measure the degree of freedom of expression in different countries and can provide support for the alleged regression.

In 2019, *The Human Freedom Index*¹¹²⁴ ranked Spain 29th out of 162 countries¹¹²⁵, one position lower than the previous year. The

¹¹²² For example, see the headlines in some media sources: «Freedom of expression in Spain at risk, warns Amnesty International» (Available at: https://www.elplural.com/leequid/la-libertad-de-expresion-peligra-en-espana-advierte-amnistia-internacional_124709102/); «Bad times for freedom of expression in Spain» (Available at: https://www.huffingtonpost.es/2018/02/22/malos-tiempos-para-la-libertad-de-expresion-en-espana_a_23368416/); «The New York Times warns freedom of expression in Spain at risk» (Available at: <https://www.publico.es/internacional/tribunal-europeo-derechos-humanos-the-new-york-times-advierte-libertad-expresion-espana-riesgo.html>), among many others.

¹¹²³ This was claimed by Amnesty International in their 2018 report entitled «Tweet... if you dare» and in which they reported the persecution of political dissidents through police investigations of statements made on Twitter, which were carried out as part of «operation spider» by the Spanish Civil Guard, and sentenced by the Spanish courts of justice. The report is available at: <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4179242018SPANISH.PDF>

¹¹²⁴ The so-called World Freedom Index, the predecessor of the Human Freedom Index, is a report co-published by the Cato Institute, the Fraser Institute and the Friedrich Naumann Foundation's Liberal Institute for Freedom. The report was established in 2015 and analyses freedom in 152 countries on the basis of nearly 80 different indicators of personal and economic freedom.

¹¹²⁵ VASQUEZ, I., and PORNIK, T., *The Human Freedom Index 2019. A Global Measurement of Personal, Civil and Economic Freedom*, 2019. Available at: <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/human-freedom-index-files/2019-human-freedom-index-update-2.pdf>. This is not the index in

country received an overall score of 8.69 based on various indexes, including «Laws and regulations that influence the media». This particular indicator is rather low compared to the others relating to freedom of expression and information and has evolved from a score of 8.7 in 2011 to 8.0 in 2019. The evaluation carried out by *Reporters Without Borders* in its 2019 report¹¹²⁶ is of more interest. Despite Spain's rise from 31st to 29th place and a 1.48 point increase,¹¹²⁷ the report expressly highlights that it is a problem that «in 2018 there were convictions for crimes such as: glorifying terrorism, insulting the crown and offending 'the feelings of members of a religious confession', which created a climate that is detrimental to freedom of information». Even more significant is the evaluation of Spain in *Freedom in The World*, which is probably the most widely used and well-known index to measure and compare freedom and democracy in different states and territories¹¹²⁸. In its 2019 report, the index produced by *Freedom House*¹¹²⁹ gives Spain an overall score of 94 points out of 100, which places it in

which our country ranks best. In Western Europe, we are only above Italy and France and below 15 other countries.

¹¹²⁶ Available at: <https://www.informeanualrsf.es/>

¹¹²⁷ It should be borne in mind that Spain's performance on this index since 2013 is highly positive. In 2013, it was ranked 36th, but had risen to 29th place by 2017, where it remains today.

¹¹²⁸ Some authors have criticized this index for a neoliberal bias that makes it give higher scores to countries with close ties to the United States or similar political institutions (e.g. GIANNONE, D., «Political and Ideological Aspects in the Measurement of Democracy: The Freedom House Case», in *Democratization*, vol. 17, 2010; STEINER, N. D. Comparing Freedom House Democracy Scores to Alternative Indices and Testing for Political Bias: Are US Allies Rated as More Democratic by Freedom House, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, vol. 18, 2016. However, BARNIDGE, M., HUBER, B., DE ZÚÑIGA, H. G., and LIU, J. H., «Social Media as a Sphere for "Risky" Political Expression: A Twenty-Country Multilevel Comparative Analysis», in *The International Journal of Press/Politics*, vol. 23, 2018, point out that while these studies show a relatively consistent neoliberal bias in the pre-1989 measure, they also show that *Freedom House's* scores align more closely with other indices of democratic performance after that time).

¹¹²⁹ Available at: <https://freedomhouse.org/report-types/freedom-world>

18th position (along with 8 other countries). It received one point less than in previous years in the category of Civil Liberties in relation to the evolution of freedom of expression, specifically for item D4 which analyses «Are individuals free to express their personal views on political or other sensitive issues without fear of surveillance or punishment?». The reason explicitly given by *Freedom House* is the existence of «a pattern of using a broadly drafted anti-terrorism law and other legal provisions to prosecute individuals for their political expressions»; and adds that «more aggressive enforcement of laws prohibiting the glorification of terrorism has begun to threaten freedom of expression, with dozens of people, including social network users and various artists, convicted in recent years for what often amounts to satire, artistic expression or political commentary».

If we use the above-mentioned indices to conduct an overall evaluation of the evolution of freedom of expression in Spain, there is clearly room for both pessimism and optimism. It seems valid to say that, on the one hand, compared to other countries Spain is essentially a free country in which people can generally express themselves without fear¹¹³⁰; while, on the other hand, it can also be said that in recent years it seems that freedom of expression has been harmed. What these instruments do offer is an indication of both potential trends in the regression of freedom of expression, as well as a possible explanation for this involution. As we have seen, when justifying their assessment of Spain, they all refer expressly to the legal and judicial context in which crimes of expression are applied. In particular, they refer to criminal regulation and its interpretation by the courts as a negative indicator of a decline in freedom, and they implicitly reflect the impact that the

¹¹³⁰ The data from the *Democracy Index*, which places Spain not in the top 10 but in the top 30, and as one of the states that falls into the category of «fully free», would also be along these lines. Available at: <https://infographics.economist.com/2020/democracy-index-2019/index.html>

generalisation of social networks as an instrument for political criticism may have had on this judicialization. In fact, the indices support those academics who first warned against increasing criminalisation of so-called hate speech and judicialization of offensive expressions found on social networks, because of the potential impact this could have on exercising freedom of expression. This was even done without clear knowledge of the decisive role that social networks could play as a means to both exercise freedom of expression and potentially restrict it¹¹³¹.

However, these indications do not serve to confirm a retrocession of freedom of expression in Spain. Neither do they allow this negative evolution to be aetiologically attributed to the criminalisation and judicialization of crimes of expression in the era of social networks. Nonetheless, we can use empirical methodologies to address these ambitious research topics by reducing the research objective to something more modest: on the one hand, to identify tendencies regarding the courts and the crimes provided for in the Criminal Code that are related to the criminalisation of political expression through social networks; and, on the other hand, to analyse citizens' perception of freedom of expression and the impact that the criminal repression of so-called hate speech might have on exercising free expression in social networks, where censorship is no longer only a matter for public authorities but also for private entities.

1.2. THE IMPACT ON FREEDOM OF EXPRESSION OF THE PRIVATISATION OF CENSORSHIP IN SOCIAL NETWORKS: LITTLE DATA, MORE EVIDENCE.

Analysis of the overall level of freedom of expression includes the potential restrictive effects of formalized state control, such

¹¹³¹ MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-23, 2015; MIRÓ LLINARES, F., «Taxonomía de la comunicación violent...», op. cit.; MIRÓ LLINARES, F. (ED.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

as criminal law or its effective judicial application. These effects may be examined either in general or more specifically in relation to the media, which are essential institutions in the dissemination of information and in the shaping of political pluralism. For a long time, the control exercised over freedom of expression by certain Internet platforms has been ignored, and it is obvious that doing so invalidates any analysis.

Today, the public expression of ideas, including political declarations, is mainly carried out on the Internet. Adopting mechanisms to self-regulate content means social networks also exercise, through their «content policies», control over the free circulation of ideas that, in practice, may even be more restrictive than state control¹¹³².

Although social networks first appeared in the early 2000s, it was not until years later that they began to adopt standards regarding the content allowed on their platforms¹¹³³. At first, these corporations considered themselves to be software companies and were not particularly concerned with the content of their users' statements or messages, nor did they take responsibility for it. However, the growth of social networks and their internationalisation made it clear that content moderation was necessary. This brought new problems for these networks, such as user dissatisfaction with unjustified content removal¹¹³⁴, or the use of social networks in different

¹¹³² For in-depth analysis, see: GILLESPIE, T., *Custodians of the Internet. Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, Yale University Press, New Haven & London, 2018; TERUEL LOZANO, G. M., «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», in *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, no. 12, 2017.

¹¹³³ Moving from a philosophy of «standards» that are identified as the values of the social network itself to one of rules, where they begin to establish what cannot be expressed in the social network, and filter and moderate content (KLONKICK, K., «The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech», in *Harvard Law Review*, vol. 131, 2017).

¹¹³⁴ GILLESPIE, T., *Custodians of the Internet....*, op. cit.

countries with diverse cultures,¹¹³⁵ which meant some governments might block content that was offensive to certain actors within their culture. In addition to these difficulties, there have been various scandals that¹¹³⁶ could undermine the reputation of social networks, as well as demands for public authorities to control possible illegal content produced on social networks by making the networks themselves responsible for the content¹¹³⁷. This has facilitated the adoption of truly restrictive rules of use, which exercise far greater control (in terms of scope) over what is expressed on their platforms than that exercised by states when they limit freedom of expression. This may either be because public authorities have forced them to establish certain limits on freedom of expression in their respective spaces¹¹³⁸, or to collaborate with governments in the

¹¹³⁵ For example, Thailand announced that it would block citizens' access to YouTube if offensive videos against its king were not removed. The type of offenses was not subject to moderation based on the rules established by the platform, but in Thailand, insulting the king is considered a crime (REUTERS. Thailand blocks YouTube for clip mocking king. <https://www.reuters.com/article/us-thailand-youtube/thailand-blocks-youtube-for-clip-mocking-king-idUSBKK17066320070404>)

¹¹³⁶ On the other hand, Twitter, which had not specified any kind of rules, went from hero to Internet villain, especially because of the GamerGate controversy in 2014, which eventually led to the platform establishing a set of rules and public policies in 2015. (MOTHERBOARD. The History of Twitter's Rules. https://www.vice.com/en_us/article/z43xw3/the-history-of-twitthers-rules)

¹¹³⁷ No longer just a conduit for content, the European Commission, together with Facebook, Twitter, YouTube and Microsoft signed a series of commitments in 2016 to combat the spread of illegal hate speech online in Europe, including the removal of content reported as illegal within 24 hours (EUROPEAN COMMISSION. European Commission and IT Companies announce Code of Conduct on illegal online hate speech. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_1937).

¹¹³⁸ In accordance with *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms* (COM 2017, 555 final): «Online platforms should, in light of their central role and capabilities and their associated responsibilities, adopt effective proactive measures to detect and

pursuit of¹¹³⁹ radical material, or because it is necessary to maintain their reputation with users and provide a space for communication that is as friendly as possible¹¹⁴⁰. Whatever the case, by establishing usage policies, in reality they are exercising truly restrictive control over users' free expression. This may constitute a danger for the plurality of ideas that should be present in any forum for public debate, as ideas may be suppressed through measures such as the removal of messages, or blocking or closure of accounts. The impact of these measures could be enormous given that the control is prior and that social networks play a leading role in the communication of political debate on a global scale.

The privatisation of prior censorship of certain expressions that may be offensive and that, once public, may also be punished by the state has given rise to an intense debate on the scope and limits of private restrictions on the free



remove illegal content online and not only limit themselves to reacting to notices which they receive. Moreover, for certain categories of illegal content, it may not be possible to fully achieve the aim of reducing the risk of serious harm without platforms taking such proactive measures. The commission considers that taking such voluntary, proactive measures does not automatically lead to the online platform losing the benefit of the liability exemption provided for in Article 14 of the E-commerce Directive» (Available at:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-555-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>). On detection, see MIRÓ LLINARES, F., «La detección de discurso radical en Internet. Aproximación, encuadre y propuesta de mejora de los análisis de Big Data desde un enfoque de Smart Data criminológico», in ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L., y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (DIRS.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

¹¹³⁹ BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», in *Revista de Estudios Políticos*, No. 173, 2016.

¹¹⁴⁰ BALKIN, J. M., «Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation», in *University of California, Davis Law Review*, vol. 51, 2017.

expression of ideas¹¹⁴¹. This is particularly relevant given that these ideas are expressed in a space that is formally private but in practice is public. The academic debate covers multiple topics, including legal analysis of the mechanisms used to filter the messages¹¹⁴², what type of expressions can be restricted and to what extent, and the crucial question of the democratic legitimacy of these rules or policies of use¹¹⁴³. Although this article does not aim to resolve these questions, two fundamental premises give meaning to the present study.

The first is based on the recognition that freedom of expression can be limited, including on the Internet, and that rules can be dictated by private entities as well as states¹¹⁴⁴. However, any potential limitation must be imposed from a position that accepts the important role that the expression of ideas plays in the configuration of political pluralism and, therefore, in democracy itself. Given the role social media plays in the expression of political ideas, private entities not only have to be very careful not to harm fundamental rights, but also have to provide themselves with the democratic legitimacy to limit freedom of expression by, for example, adopting transparent decisions based on the maximum possible consensus, and defining their principles and limits in advance.

¹¹⁴¹ STJERNFELT, F., & METTE LAURITZEN, A., *Your Post has been removed. Tech Giants and Freedom of Speech*, Springer Open, 2020; GILLESPIE, T., *Custodians...*, op. cit.

¹¹⁴² On these doubts, see: TERUEL LOZANO, G. M., «Libertades comunicativas...», op. cit. Similarly, as shown by ZULETA, L., & BURKAL, R., *Hate Speech in the Public Online debate*, The Danish Institute for Human Rights, Denmark, 2017, p. 27, in the case of Facebook: «Facebook's editing of posts and comments has repeatedly led to intense debate concerning the way in which the editing is carried out in practice. Furthermore, Facebook has been criticised for its non-transparent editing practice, both with respect to statistics available, resources used for editing and translation of guidelines into specific editing practices».

¹¹⁴³ TERUEL LOZANO, G. M., «Libertades comunicativas...», op. cit.

¹¹⁴⁴ For in-depth analysis on this, see: PRESNO LINERA, M. Á., y TERUEL LOZANO, G. M., *La libertad de expresión...*, op. cit.

The second reflection, which actually derives from the previous one, directly concerns the need to restrict the content that can be censored as much as possible, especially considering the *chilling effect* that is supposedly associated with any ban on freedom of expression. With reference to the *chilling effect*, academics who have reflected on the prohibition of expression claim that, given the difficulty to distinguish what is prohibited from what is permitted, any prohibition will always carry the risk that people will self-censor beyond what is established by the rules. If this is the case for public bans, it is likely to also be the case for those implemented by social networks. In this sense, in order to ensure that a certain statement is not restricted or prohibited, it is perfectly possible for citizens to decide not to express their opinions even though they would be protected by their right to freedom of expression.

As we have said, these two reflections form the basis of the empirical analysis to be conducted in the present paper, because they are both normative statements that, nevertheless, are based on factual assumptions that have not been sufficiently analysed by previous literature, much less empirically. On the one hand, we do not know the real extent to which freedom of expression is restricted by the media. On the other hand, we do not know the real impact of the aforementioned *chilling effect* and how it actually functions.

With regard to the first, we must recognize that it is difficult to obtain a full picture of the restrictions on expression in social networks. Despite the fact these platforms have not always been particularly transparent in this respect, in recent years they have published periodic reports that provide some macro data on the main content against which they have acted. However, they do not allow us to examine the extent to which they have censored specific messages. Twitter and Facebook, which are two of the most relevant networks, both carry out significant content publication restriction. It should be noted

that in the last Twitter report for 2019¹¹⁴⁵, more than 15 million accounts had been reported, of which only 7,000 had been reported by government entities. This figure may be indicative of the unequal distribution of public and private control over the messages sent and published on these types of platforms. On the other hand, more than five million accounts were reported for infringing the «hate» policy, a policy that is much broader than what is established in our criminal law¹¹⁴⁶. Facebook is perhaps the social network that has the most defined content policy and that has the most developed regulation system. This may be either because of it is aware of the importance of regulation for its survival as «the Social Network», or because of its involvement in controversies such as the «the napalm girl» photo or the¹¹⁴⁷ «Cambridge Analytica» case¹¹⁴⁸.

In this sense, Facebook offers a little more information in the quarterly reports it has been publishing since 2017, which when taken together with its policy of allowing appeals against decisions to withdraw content and the implementation of an independent «oversight board» to review difficult decisions regarding content policy, shows its concern about these issues. With respect to hate content, data for the third quarter of 2019 indicates that 7 million pieces were removed, nearly double the content removed in the previous quarter for the same reason.

¹¹⁴⁵ Available at: <https://transparency.twitter.com/en/twitter-rules-enforcement.html#twitter-rules-enforcement-jan-jun-2019>

¹¹⁴⁶ In addition, more than four million were reported for abusive and harassing behaviour, two million for threats, and nearly two million for messages containing what the social network considers «sensitive media», that is, content that describes or shows particularly sensitive images. According to the same report, action was taken against 500,000 accounts for violating rules regarding hate, against 400,000 accounts for abusive behaviour and 56,000 accounts were reported for threats. See the same at: <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/hateful-conduct-policy>.

¹¹⁴⁷ See in this respect the in-depth analysis of GILLESPIE, T.: *Custodians...*, op. cit., p. 1 ff.

¹¹⁴⁸ On the case and in general about the content policies at Facebook and other social networks see STJERNFELT, F., & METTE LAURITZEN, A., *Your Post has been removed...*, op. cit.

Content removed before being reported by users is above 75%, compared to a 25% detection rate in 2017. In terms of «error correction», of the 1.5 million appeals, only 170,000 pieces of content were returned¹¹⁴⁹. With regard to terrorist propaganda, slightly more than 5 million items were withdrawn in the last quarter for which we have data, with an automatic detection rate of 99%, there were 134,000 appeals and more than 200,000 items published again, mostly without an appeal. The content withdrawn before being reported by users was above 75%¹¹⁵⁰. On the other hand, action was taken against 3 million pieces of content for violating the rules regarding bullying and harassment. Only 16% were automatically detected. More than 700,000 appeals were filed and 100,000 pieces of content against which action had been taken were restored, mostly after an appeal¹¹⁵¹. Perhaps, from these last figures, what is noteworthy is that it seems Facebook has certain limitations when it comes to detecting this content automatically in relation to other types of content. This may possibly be a result of the investment made to detect the contents that have caused greatest concern amongst legislators and the international community, specifically statements with radical content that public authorities have expressly requested private platforms to combat.

All this data gives us a measure of the amount of content that is removed. They are a clear indication of the enormous potential impact that decisions to restrict content on social networks can have on the free expression of ideas. But we still need to know a lot to be able to really determine the impact. Thorough analysis of the content that is removed is missing. And even if this were possible, we would still have to analyse

¹¹⁴⁹ See the report at: <https://transparency.facebook.com/community-standards-enforcement#hate-speech>

¹¹⁵⁰ Available at: <https://transparency.facebook.com/community-standards-enforcement#terrorist-propaganda>

¹¹⁵¹ Consult at: <https://transparency.facebook.com/community-standards-enforcement#bullying-and-harassment>

the impact these restrictions actually have on the individual decision of citizens to freely express their ideas. And that is the other purpose of this study: to determine, as has been done regarding criminal law, whether and how the prohibitions derived from the application of content policies by social networks affect citizens' decisions to express ideas, especially political ideas. In short, it is a question of getting a little closer to understanding the impact that this double normative standard has on the free expression of ideas in order to know, as the 2017 Democracy Index rightly pointed out, if the birth of the Internet has led to a «golden age» or a «golden cage» for freedom of expression.¹¹⁵²

2. CRIMES OF EXPRESSION IN SPAIN AND THE JUDICIAL RESPONSE TO OFFENCES ON SOCIAL NETWORKS

2.1. THE CRIMINALISATION OF EXPRESSION SINCE THE INTRODUCTION OF THE 1995 CRIMINAL CODE

Within the category of crimes of expression¹¹⁵³, which is made up of crimes whose essential illicit act is the mere verbal or

¹¹⁵²Available at: http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy_Index_2017.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex2017

¹¹⁵³ This denomination, crimes of expression, has been usually used by legal doctrine to refer to the crimes of slander and libel (CARMONA SALGADO, C. , «Los delitos de expresión ante la reforma del proyecto de ley orgánica de Código Penal de 1992», in AA. VV, *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993); also more broadly to include hate crimes or glorification of terrorism (MIRÓ LLINARES, F. (DIR.), *Cometer delitos en 140 caracteres...*, op. cit.), and also used by the Criminal Policy Study Group, which includes the following in its proposal for reform of expression offences: Insult and slander of all types; crimes that provoke hate crimes and terrorism; and, crimes against religious sentiments (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019), although with regard to the latter

written expression of¹¹⁵⁴ communicative content, there are many criminal acts, such as, insults and slander, offending religious sentiments, hate speech, or the crimes related to the glorification of terrorism and humiliation of its victims. And not all of them have undergone legislative changes. Neither insults and slander, nor offences against religious sentiments have undergone substantial changes since 1995. This is perhaps because they are offences with strong roots in our Criminal Code and which have been more clearly defined by our legal doctrine and jurisprudence than other crimes of expression. The same cannot be said, however, for crime of hate speech in article 510 or the crimes of glorification of terrorism and humiliation of its victims in article 578, perhaps because these are offences that are closely linked to certain social and political contexts.

Since its introduction in the legal system, the hate speech offence provided for in Article 510 has been one of the most controversial crimes in legal literature¹¹⁵⁵, and was classified as a crime of opinion from the very beginning¹¹⁵⁶. Although the most immediate precedent for this precept is found in articles 165 ter and 137 bis b)¹¹⁵⁷ introduced by Organic Law no. 4/1995, of 11 May,¹¹⁵⁸ which criminalised glorification of hatred and

crimes, hate, glorification and offending religious sentiments, have also been called crimes of opinion (ALASTUEY DOBÓN, C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», in *Electronic Journal of Criminal Science and Criminology*, RECPC 18-14, 2016)

¹¹⁵⁴ And that also includes symbolism or, thanks to social networks, any content that comes to express that which the rule seeks to prevent being expressed.

¹¹⁵⁵ See MIRÓ LLINARES, F., «Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exegesis restrictiva de los delitos de expresión», in MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres...*, op. cit.

¹¹⁵⁶ ALASTUEY DOBÓN, C., «Discurso del odio...», op. cit.

¹¹⁵⁷ which introduced the crime of advocacy of hatred in article 165b and of genocide in article 137a(b)

¹¹⁵⁸ The reasons for its introduction respond to the «proliferation in different countries of Europe of episodes of racist and anti-Semitic violence that are perpetrated under the flags and symbols of Nazi ideology» but also

genocide, it was the 1995 Criminal Code that introduced article 510.1. This broadened the scope of the punishment to include direct and indirect¹¹⁵⁹ provocation or incitement. Likewise, provocation of genocide also underwent a profound change in that the mere denial or justification of genocide became a crime in the well-known article 607.2, which was later partially annulled by the Constitutional Court in the famous CCS 235/2007 (Librería Europa case)¹¹⁶⁰. Despite all the interpretations in the legal doctrine, as well as the criticism and attempts at a restrictive interpretation of these types of crimes¹¹⁶¹, the 2015 reform of the Criminal Code introduced a new article 510¹¹⁶². This increased the scope of punishment to

to the international obligations assumed by Spain (see in depth AGUILAR GARCÍA, M. A. (DIR.), GÓMEZ MARTÍN, V., MARQUINA BERTRÁN, M., DE ROSA PALACIO, M., TAMARIT, J. M., and AGUILAR GARCÍA, M. A, *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015) and to the Constitutional Court's own jurisprudence, which, at the beginning of the 1990s, already leaned towards restricting the right to freedom of expression of certain denialist, racist and discriminatory speeches (LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», in *Estudios Penales y Criminológicos*, No. 19, 1996). Especially, with respect to the famous STC 214/1991, of November 11 (Violeta Friedman Case), and which is expressly cited in the Explanatory Memorandum of O.L. 4/1995, amending the Criminal Code). Similarly, GÓMEZ MARTÍN, V., «Discurso del odio y principio del hecho» in MIR PUIG, S., and CORCOY BIDASOLO, M., *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

¹¹⁵⁹ By eliminating the term «direct» required by the previous hate crime.

¹¹⁶⁰ On this, see ROLLNERT LIERN, G., «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», in *Revista de Derecho Político*, No. 17, 2008.

¹¹⁶¹ For in-depth analysis, see: MIRÓ LLINARES, F., «Derecho Penal y 140 caracteres», op. cit.

¹¹⁶² On the exegetical interpretation of this type of criminal law, see RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 12, 2014. See also PORTILLA CONTRERAS, G.,

unforeseeable levels¹¹⁶³, as it criminalised preparatory acts and provided for the same punishments, thereby linking criminalisation to the alleged creation of a particular climate. Expressions that may cause hatred or hostility were also criminalised (despite the difficulty to conceptualize both terms and for criminal law to effectively criminalise feelings), the corresponding punishments increased, and aggravating circumstances introduced for when they are committed through ICTs¹¹⁶⁴. In addition, there were many other issues that are difficult to fit into a liberal legal system that respects freedom of expression, as analysed in depth elsewhere,¹¹⁶⁵ and whose constitutionality has been questioned by some authors¹¹⁶⁶.

The crime of glorifying terrorism and humiliating its victims has also been the subject of in-depth analysis in recent

«El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», in MIRÓ LLINARES, F. (DIR.), *Cometer delitos en 140 caracteres...*, op. cit.

¹¹⁶³ As TERUEL LOZANO points out, this goes far beyond what the 2008 Framework Decision established and demanded from Member States and even beyond what the TC established in CCS 235/2007 (TERUEL LOZANO, G., «La libertad de expresión frente a los delitos de negcionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal», in *Indret*, no. 4, 2015).

¹¹⁶⁴ See the interpretation and analysis of the crime in MIRÓ LLINARES, F., «Derecho Penal y 140 caracteres...», op. cit.

¹¹⁶⁵ Ibid.

¹¹⁶⁶ TERUEL LOZANO, G., «La libertad de expresión frente...», op. cit. This new regulation is also justified by the legislator in the need to transpose Framework Decision 2008/913/JHA, but clearly this criminalisation of hate speech goes far beyond this international regulation. In the same vein, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «El ámbito...», op. cit. For analysis of international hate speech regulations, see: ROLLNERT, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 115, 2019. The same author, on hate in social networks from an international perspective in ROLLNERT, G., «Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional», in *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2020, in press. Manuscript provided by the author.

years by legal literature¹¹⁶⁷, which has been particularly concerned about the proliferation of convictions for offensive messages on social networks¹¹⁶⁸. This offence has been interpreted as a «different species»¹¹⁶⁹ because it involves what the courts have described as a ban on hatred¹¹⁷⁰. This is essentially the kind of behaviour provided for in article 578 of the Criminal Code. This article punishes both the glorification of acts of terrorism or their perpetrators and the humiliation of their victims and, although it is placed alongside the offences of terrorism in the Criminal Code, as legal literature has repeatedly stated, it does not punish pure acts of terrorism but their glorification.

The crime of glorification *strictu sensu* actually has its antecedents in the Criminal Code of 1973, under the umbrella of apologia, which was regulated in different precepts, including apologia (public defence) of terrorism¹¹⁷¹. Later, the Criminal

¹¹⁶⁷ See MIRÓ LLINARES, F., «Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos “César Strawberry” y “Cassandra Vera”», in DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I., & RÍOS CORBACHO, J. M. (COORDS.), *Liber amicorum: Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan María Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

¹¹⁶⁸ See in depth MIRÓ LLINARES, F. (DIR.), *Cometer delitos en ...*, op. cit. Also, GÓMEZ MARTÍN, V., «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio», in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 20, 2018; GALÁN MUÑOZ, A., «El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?», in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018.

¹¹⁶⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007)», in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 7, 2012.

¹¹⁷⁰ For all of them, SCS 812/2011 of 21 July.

¹¹⁷¹ Article 268 (Common provisions on offences relating to terrorism) reads: «Public advocacy, whether oral or written, or by means of the printing press or other dissemination of the offences covered by this title, and of those guilty of such offences, shall be punishable by a minor term of imprisonment».

Code of Spanish democracy was modified when O.L. No. 7/2000 of 22 December 2000 introduced the offence of glorification of terrorism and humiliation of its victims for the first time. Its introduction was essentially a response to a very specific social context in our country: the nationalist terrorism of the terrorist group ETA, whose support, in the form of particular expressions, could potentially cause offence¹¹⁷². Prior to this reform, it had been understood that apologia required direct incitement, which requires provocation in such a way that the conduct constituted a threat to a specific legally protected right or asset. However, when the glorification of terrorism was introduced as a form of apologia or public defence, most of the legal doctrine considered that this new precept included indirect incitement¹¹⁷³. Thus, the punitive scope was considerably expanded by providing for a crime that, unlike apologia of terrorism found in article 18 of the Criminal Code, made it possible to punish the mere glorification or public justification of terrorist acts, therefore not requiring express and direct encouragement for the commission of a terrorist offence¹¹⁷⁴. Subsequently, the reform introduced by O.L. no. 2/2015, of March 30 modified this precept in such a way that the new article 578 CC increased the corresponding sentences for the

¹¹⁷² This is justified by the Explanatory Memorandum to Organic Law 7/2000 of 22 September, which argues that: «it is a matter of something as simple as pursuing the glorification of terrorist methods, which are radically illegitimate from any constitutional perspective, or of the perpetrators of these crimes, as well as the particularly perverse conduct of those who slander or humiliate the victims while increasing the harm for their relatives. All these acts cause perplexity and indignation in society and deserve a clear criminal reproach».

¹¹⁷³ BERNAL DEL CASTILLO, J., «El enaltecimiento DEL terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del "discurso DEL odio"», in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 16, 2016, p. 15,

¹¹⁷⁴ GALÁN MUÑOZ, A., «El delito de enaltecimiento...», op. cit. Likewise, this punitive extension was not only confirmed but reaffirmed by the judicial interpretation of the type. On this, see in Depth: CARBONELL MATEU, J. C. «Crisis del garantismo penal y el papel de los penalistas», in VV.AA., *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 86.

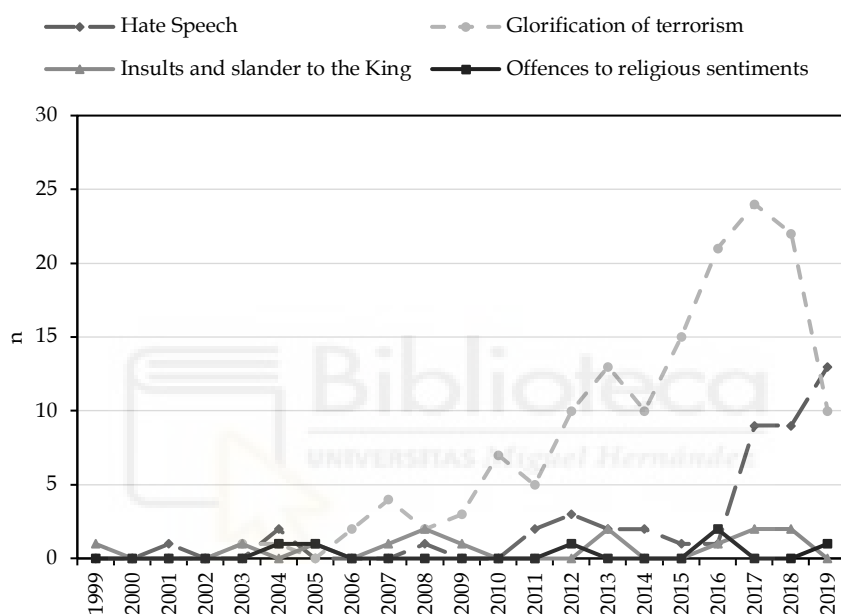
criminalised conducts and added two possible aggravating circumstances. The crime could be considered aggravated and thus the sentence increased to the highest possible level, when, on the one hand, the act is carried out through ICTs, or, on the other hand, it is considered that the actions are sufficient to seriously disturb public peace or create a serious feeling of insecurity or fear in society or part of it.

2.2. THE JUDICIAL INTERPRETATION OF CRIMES OF EXPRESSION SINCE THE POPULARISATION OF SOCIAL NETWORKS

Over the years, we have seen that and as far as hate crimes and the glorification of terrorism are concerned, there has been an expansion of what is punishable. However, such legislative developments do not necessarily have a real impact on the law in practice. In order to know whether the combination of increased criminalised conducts and use of social networks has meant an increase in trials and in convictions and acquittals, as indicated by the aforementioned indices, we have carried out an exploratory study of sentences. A total of 217 sentences stored in the Aranzadi database have been analysed: 46 corresponding to the application of article 510; 150 regarding article 578; 14 regarding articles 490.3 and 491.1; and, 6 for article 525¹¹⁷⁵. Figure 1 shows the trends in the judicial application of these

¹¹⁷⁵ The criteria for inclusion were, on the one hand, with regard to the provisions examined, O.L. 10/1995 of 23 November, and the corresponding articles, from 23 November 1995 to 18 February 2020. With regard to the type of ruling, only sentences from criminal proceedings have been accepted. In this way, and using these criteria equally in the four crimes, a total of 217 sentences were obtained (after eliminating from the sample those sentences that were duplicates or that, despite the search terms, did not correspond to the crimes examined). Thus, it should be noted that in no case is it being stated that these are all the sentences that exist, since this data is not available through a database such as Aranzadi. Nevertheless, we can take this data as an indicator or trend for judicial decisions, although always with the necessary caution that an exploratory analysis of this type requires.

crimes in the last 20 years¹¹⁷⁶. First, it should be noted that except for the crime of glorification of terrorism and humiliation of its victims in Article 578 and, to a lesser extent, hate crimes in Article 510, the rest have been applied relatively little. For this reason, we will only analyse these two crimes insofar as the increase that can be observed in the graph allows for better analysis of the possible impact of social networks on the prosecution of crimes of expression¹¹⁷⁷.



¹¹⁷⁶ In relation to this graph, it should be noted that the judicial sentences obtained with the inclusion criteria have been considered and where the rulings of the various jurisdictional bodies are included, both Criminal Courts, Provincial Courts, National Court, High Court of Justice and Supreme Court. Therefore, this graph does not show the trend in cases, but rather the trend in judicial rulings, that is, judicial activity in the referenced time frame.

¹¹⁷⁷ For a detailed analysis of the crime of offences against religious sentiments, see: RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 21, 2019. See also ALCÁ CER GUIRAO, R., «Cocinar cristos y quemar coranes. Identidad religiosa y Derecho penal», in MIRÓ LLINARES, F. (DIR.), *Cometer delitos en 140 caracteres...*, op. cit.

Figure 1. Court decisions by year.

Regarding the crime of hate speech, from the sample analysed it can be seen that in the 17 years from 1999 to 2016 there are only 15 sentences, while in the three years from 2017 to 2019 there are 31 sentences. Without information on the total number of cases prosecuted, it is not possible to know if this is a general trend, but it seems unlikely that it is not related to the impact of social networks. Thus, although there were some prosecutions for hate speech carried out on the Internet¹¹⁷⁸, it is not until 2016-2019 that there is a clear increase in expressions that can be classified as «hate speech» through social networks¹¹⁷⁹, as shown in Figure 2, which only takes into

¹¹⁷⁸ This would be the case of the Sentence from Criminal Court number 2 of Vigo number 22/2012, of January 24th where the individual was sentenced for a crime of justification of genocide for uploading to a web page several photos of themselves with Nazi symbols and making anti-Semitic expressions; the sentence from Criminal Court number 7 of Palma de Mallorca, no. 419/2012, in the case of a video game uploaded to a website and entitled «20 ways to kill a woman», in which the accused was initially convicted and later acquitted by the SAP Balearic Islands, no. 312/2013, of 10 December.

¹¹⁷⁹ For example, the Sentence from Criminal Court No. 1 of Pamplona No. 273/2016, October 11, for uploading a video with anti-Semitic content on Facebook; the CCS No. 2/2017, January 26, for publishing expressions on Twitter such as «53 women murdered by gender violence so far this year, which only seems a few to me given the number of whores about»; the Sentence of the Court of Instruction No. 8 of Cerdanyola del Vallés, num. 25/2017, of 15 March for expressions on Twitter of what has been called «hate towards Catalans» or «Catalanophobia»; Criminal Court Sentence num. 22 of Barcelona of 11 September 2017 for disseminating through its website opinions and documents that denigrate and humiliate immigrants who profess the Muslim religion, Jews and persons of African descent, defending at all costs the supremacy of the Aryan race over others; PCS Madrid No. 762/2017 for publishing a video on the social network entitled «Sodomy and paedophilia are two branches of the same trunk»; and others.

account the decisions of the Provincial Courts and the National Court¹¹⁸⁰.

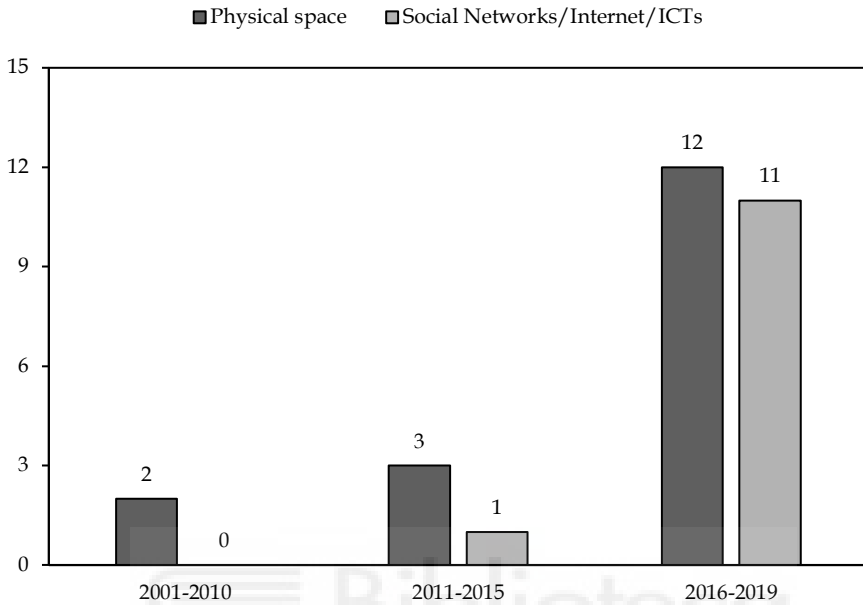


Figure 2. Place where expressions that could be considered hate speech are shared.

With regard to provocation or incitement to hatred, discrimination or violence, before it was amended and extended by the above-mentioned 2015 reform, the courts had required that the expressions directed against the groups protected¹¹⁸¹ by

¹¹⁸⁰ For those cases in which the accused publish expressions that can be classified as both a hate crime and glorification of terrorism.

¹¹⁸¹ Regarding protected groups, it is necessary to mention that they are those persons or groups of persons who may be discriminated against for racist, anti-Semitic or other reasons relating to ideology, religion or beliefs, family status, the membership of an ethnic group, race or nation, their national origin, sex, sexual orientation or identity, on grounds of gender, illness or disability. It is important to point this out because in the last available rulings, the possibility was raised of legally qualifying as a hate crime slanderous expressions made on the social network Facebook against a deceased bullfighter, a matter that was not accepted in accordance with the

our Criminal Code involved provocation consistent with direct incitement to commit an offence by words or means, regardless of their actual effectiveness¹¹⁸². Furthermore, when the expressions have been disseminated via social networks, the courts have argued that the conduct is more dangerous because

Sentence of the Criminal Court No. 1 of Segovia, No. 419/2019, of 15 November.

¹¹⁸² Ruling of the Criminal Court No. 2 of Logroño No. 133/2004, of 2 April, condemning the distribution of leaflets with phrases such as «we are condemned to live with the garbage of immigrants who will end up destroying us...»; «Moors, South Americans, Eastern countries, Pakistanis, Indians, Africans, etc. All this rabble has more rights than any Riojan», etc. The requirement of direct incitement to appreciate the crime of provocation to discrimination, hatred or violence also in the PCS Barcelona, of 5 March 2008 (Librería Europa case, after the question of unconstitutionality resolved by CCS 235/2007) Likewise, PCS Santa Cruz de Tenerife No. 107/2014 of 7 March recalls that «the use of the term provocation in the wording of the first paragraph of article 510 of the punitive text has led to the argument that the requirements of article 18 must be met, except for the requirement that the act to which it is provoked constitutes an offence, since by including provocation to hatred reference is made to a feeling or emotion whose mere existence is not criminal. According to this criterion, it must in any case be a direct incitement to the commission of minimally specific acts which may be preached by discrimination, hatred or violence against the said groups or associations and for the reasons specified in article [...] According to the case law, the following defining elements must be given: (a) The initiative to carry out one or more criminal acts, not just vague and generalised encouragement; (b) the recipient's perception of the words or means of encouragement; (c) the fact that the encouragement is of a persuasive and persuasive nature».

of the place where it is expressed¹¹⁸³, and have even argued the existence of intent (*mens rea*)¹¹⁸⁴.

With respect to the crime of glorification of terrorism and humiliation of its victims, if we only consider the National Court sentences, Figure 3 shows that during the first ten years of this crime's existence, the number of sentences is not particularly alarming in quantitative terms, and most of them are related to glorification carried out in physical space¹¹⁸⁵. However, the

¹¹⁸³ Thus, for example, the judgement of Barcelona Criminal Court No. 22 of 11 September 2017 condemning a person of Nazi ideology for incitement to hatred on the Internet, expressly states that «this court attaches particular importance to the medium used and the context in which the incriminated texts were disseminated in this case and, consequently, to the potential impact. This is not a flyer or a speech, but a web page that has been visited more than 30,000 times in five months. The use of a medium as powerful and widespread as the Internet is a totally suitable and rapid channel for the propagation of ideas with this content to reach a large number of people, regardless of their geographical location, and is likely to provoke animosity, and sometimes hatred, towards the groups mentioned». Likewise, the increased publicity offered by the Internet is also taken into account, but in the opposite direction, by the PCS Barcelona No. 299/2019 which confirms the sentence for a hate crime in paragraph 510.2 after the Criminal Code reform of 2015, but instead of applying the aggravating circumstance for the use of ICTs decided to apply the basic sanction level because by disseminating the hate messages through a Whatsapp group, the Court considered that 60 people, which was the number of members of the group, are not quantitatively many people.

¹¹⁸⁴ Thus, the sentence from Criminal Court No. 1 of Pamplona No. 273/2016, of October 11, that in view of the defendant's claim that he had no knowledge of what he was uploading to the social network Facebook, it is argued that «the dynamic on Facebook is precisely to share comments, images, opinions or information with third parties, given that it is a social network. The accused alleged that he did not remember posting it, that he did so without realizing and that he is against violence, but the dynamics of Facebook makes it unlikely that he would post something on his own wall without realizing it, especially since the accused knows how it works, since he had two profiles, one that was public and one that was private, and the accused's public account contains many other videos».

¹¹⁸⁵ Related to expressions in demonstrations, parliamentary statements, banners, leaflets or popular festivals or expressions made on the

place where the act is committed begins to change in 2014¹¹⁸⁶ when the number of sentences and prosecutions for expressions made mainly through social networks such as Youtube, Facebook or Twitter begins to increase, albeit moderately¹¹⁸⁷. There are a notably high number of sentences between 2016 and 2020. In this regard, it is particularly noteworthy that between 2005 and 2010, when the terrorist group ETA was active and wreaking havoc on Spanish society, there were only 13 sentences, mostly in physical space; while in the period 2016 to 2020, with the terrorist organization happily defunct, there were 51 sentences, 47 of which involved the prosecution of expressions made on social networks. Although it is not possible to categorically state that social networks have increased the commission of crimes, it does seem reasonable to appreciate that what has increased with the appearance of social networks is the potential publicity of what is being expressed, the greater

occasion of the death and burial of supporters and members of the terrorist group ETA. This is the case, for example, with the: SJCS of País Vasco, 5 September 2003; SJCS of País Vasco, 31 March 2004; NCS No. 31/2006, 26 April; SCS No. 585/2007, 20 June; NCS No. 67/2007, 12 November; NCS No. 49/2008, 29 July; SCS No. 539/2008, 23 September; NCS No. 539/2008, 23 September; SCS No. 585/2007, 23 June; SCS No. 585/2007, 23 June; NCS No. 585/2007, 24 November; NCS No. 585/2007, 24 April; NCS No. 585/2007, 24 June; NCS No. 67/2007, 12 November; NCS No. 49/2008, 29 July; SCS No. 539/2008, 23 September. 28/2009 of 21 May; SCS No. 676/2009 of 5 June; NCS No. 64/2009 of 16 December; NCS No. 1/2010 of 19 January; NCS No. 13/2010 of 2 March; NCS No. 224/2010 of 3 March; NCS No. 54/2010 of 9 December, and many others.

¹¹⁸⁶ Although there were some sentences that prosecuted expressions made through the Internet: NCS No. 62/2006, of 21 November, which corresponds to the acquittal of the members of the music group Sociedad Alkoholika for their songs uploaded to a website; NCS No. 4/2010, of 2 March, which prosecutes expressions made in Internet forums; NCS No. 2/2012, of 17 January, which prosecutes certain comments on the Tuenti social network; and NCS No. 11/2012, of 29 February, which prosecutes messages against a female Euro-parliamentarian on the Internet.

¹¹⁸⁷ It's the case of: NCS No. 8/2014 of 31 March; NCS No. 24/2014 of 19 May; NCS No. 13/2015 of 20 May; NCS No. 14/2015 of 25 May; NCS No. 37/2015 of 12 June; NCS No. 39/2015 of 14 October; NCS No. 56/2015 of 16 October; NCS No. 32/2015 of 23 November.

exposure of opinions and, based on the above, the increased control by the investigative bodies¹¹⁸⁸.

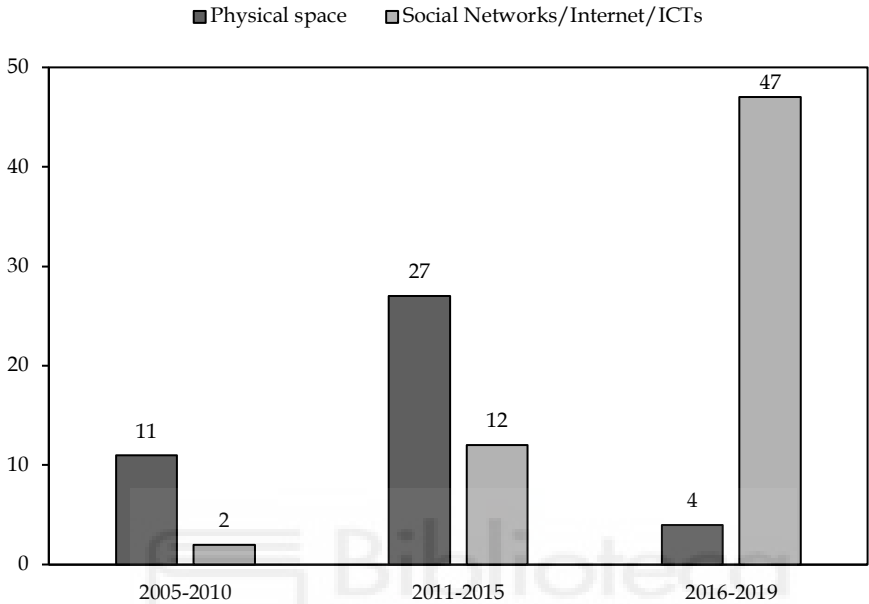


Figure 3. Place where expressions that can be considered crimes of exaltation of terrorism and humiliation of its victims have been published.¹¹⁸⁹

Likewise, without all the sentences or the percentage of the total that this sample represents, it is risky to examine whether in addition to the growth in the number of trials there is also a proportional increase in the number of convictions. But it is not risky to say that since 2014 there are many more people convicted of this crime than in the previous period of its

¹¹⁸⁸ This may be what happened with the well-known «operation spider».

¹¹⁸⁹ For Figures 3 and 4, only the sentences from the National Court have been used to identify trends and not to analyse individual cases. In this sense, it is necessary to consider that some persons who the National Court has convicted for this crime, have subsequently been acquitted by the Supreme Court, as in the case of Cassandra Vera.

existence. If we look only at sentences from the National Court that have prosecuted expressions made on the Internet and social networks, in Figure 4 we can observe that this court tends to convict for this crime¹¹⁹⁰.

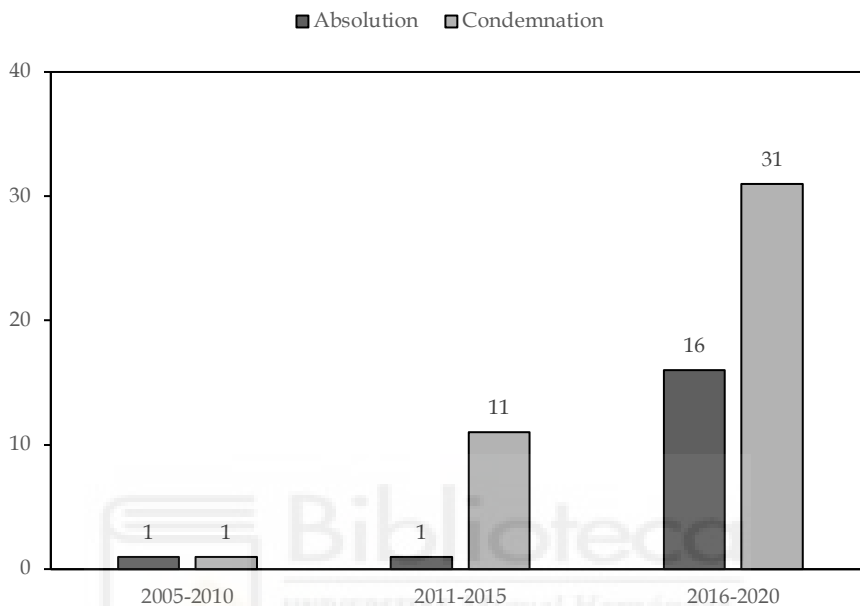


Figure 4. Trend in court sentences for expressions on the Internet and social networks

In addition to the elements constitutive of the offence, sentencing normally takes into account the activity carried out on the social network, that is, the specific number of offensive

¹¹⁹⁰ This is the conviction for expressions such as «Spain is our routine, to beat and burn Spain our routine; the struggle is the only way» (NCS no. 3/2016, 23 February); «Up with those guys that have brought down the capitalist branches in the city of Bilbao. Damn, with news like that it is good to start the week» (NCS no. 4/2016, March 1); referring to the mother of an ETA victim «what can we expect from a bad mother who does business by supporting the impunity of her son's murderers?» (NCS No. 25/2017, December 4); or, «SOS ETA; 1, 2, 3, English duck, without moving hands and feet. Irene Villa behind; I need a stamp from Carrero Blanco, the first Spanish astronaut, and I need it yesterday» (NCS no. 3/2018, January 15).

tweets or messages, the total number of tweets or messages sent from the account, the number of followers¹¹⁹¹, and how public the user's account is¹¹⁹². This activity is used to determine the level of danger presented by the expression¹¹⁹³.

In the case of glorification, on the one hand, the objective elements (*actus reus*) that constitute the offence are: (a) words or expressions that glorify or justify in a broader sense than those established in article 18 of the Criminal Code of (b) terrorist conduct or its perpetrators and (c) via any means of public dissemination¹¹⁹⁴. On the other hand, there must be a subjective element (*mens rea*) that according to the Courts' interpretation does not involve any real intention to provoke violence, but simply intent to knowingly and willingly carrying out the previous objective elements¹¹⁹⁵. In the case of «humiliation of the victims of terrorism or their families», in short, it involves insults or slander that are aggravated as a consequence of the person to whom they are directed. Therefore, the offence does not require publicity as a necessary element, but simply «acts» or the expression of messages that objectively imply a manifest disregard for the victims of terrorism, to such an extent that they

¹¹⁹¹ SAN No. 9/2017 of 29 March; SAN No. 4/2018 of 18 January

¹¹⁹² SAN No. 18/2017 of 21 July

¹¹⁹³ SAN 14/2015, 25 May: «Today social change is linked to technological evolution. The Internet has brought about a revolution in the world of communications and knowledge, with the particularity that it allows backward countries to advance enormously, but this importance of social networks also has an impact on the penal system. Any criminal policy today cannot ignore this technological explosion that allows any message to be disseminated in a few seconds to a multitude of users located in distant countries, thereby obtaining publicity for the messages that would have been unthinkable a few years ago».

¹¹⁹⁴ STS No. 149/2007 of 26 February 2007, among others.

¹¹⁹⁵ STS No. 948/2016 of 15 December: «This Court has stated in previous resolutions that the subjective elements of the criminal types are accredited by inference trials can be considered as psychic facts that can be inserted in the factual narrative of the sentence. It is stated that the subjective elements must be deduced from external and objective data contained in the factual account»; SAN No. 5/2018, 18 January.

can be said to have been humiliated and degraded¹¹⁹⁶. The same intent or *mens rea* is required as in the case of the glorification of terrorism. In this sense, if the elements constitutive of the crime could be identified in the expression or statement, the conviction was practically assured, regardless of whether they were really glorifying in the sense of calling for violence and creating a legally prohibited, albeit abstract, threat to a specific legal right or asset, or if there was no real intention to humiliate or offend certain victims or their relatives, or no knowledge and willingness to create such a risk.

However, it is important to note a change in the jurisprudence regarding the interpretation of glorification considering the interpretation of Article 578 of the Criminal Code by the Constitutional Court in CCS 112/2016, June 20¹¹⁹⁷. Even though it is not found in the literal text of the article, in order to limit freedom of expression there now must be a risk, albeit indirect, for people or the rights of a third party derived from the incitement, as required by international law¹¹⁹⁸ and the

¹¹⁹⁶ NCS No. 37/2015 of 12 June.

¹¹⁹⁷ Which in turn refers to CCS 177/2015, of 22 July and develops the three elements that characterize the right to freedom of expression: a) institutional character; b) limitability, and therefore it is admissible for democratic societies to sanction and even try to prevent all forms of expression that propagate, incite, promote or justify hatred based on intolerance; c) proportionality in the limitation of freedom of expression, which means taking into account the risks derived from the use of *ius puniendi* in the State's response to freedom of expression, whether or not it is excessive, due to the potential disproportionate use of this power and the chilling effect that it may generate.

¹¹⁹⁸ Especially as regards Directive 2017/541 which in its tenth consideration states with regard to public provocation (which includes glorification and justification of terrorism or the dissemination of messages or images, including those relating to the victims of terrorism) «should be criminalised when it means there is a risk terrorist acts may be committed. In each specific case, the examination of whether such a risk has materialised should take into account the specific circumstances of the case, such as the author and the recipient of the message, as well as the context in which the act has been committed. The significance and credibility of the risk should

ECtHR itself¹¹⁹⁹. Likewise, and although it is still too early to be able to say this more restrictive interpretation will be consolidated, we could predict that this will end up being the case if we take into account the recent ruling by the Constitutional Court¹²⁰⁰ that annuls the Supreme Court's sentence 4/2017, of 18 January. This had sentenced César Augusto Montaña Lehman, better known as César Strawberry for tweets that were deemed to glorify terrorism as per article 578 of the Criminal Code¹²⁰¹. The Constitutional Court ruling essentially applies what is set out in the aforementioned CCS 112/2016 and gives pre-eminence to freedom of expression when political criticism is being exercised¹²⁰². This requires there to be sufficient and extensive motives to violate freedom of

also be considered when applying the provision on public provocation in accordance with national law».

¹¹⁹⁹ For all, ECtHR of 2 October 2008, *Leroy v. France*.

¹²⁰⁰ The sentence can be consulted at the following link: http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_20_20_035/2017-2476STC.pdf

¹²⁰¹ Cesar Strawberry is a well-known singer of the rock band «Def con Dos» The Twits for which he was sentenced to one year in prison by the Supreme Court were the following: 1. «Esperanza Aguirre's uncomplicated fascism makes me miss even the GRAPOs». Esperanza Aguirre is a Spanish politician from the Popular Party, considered a right-wing party in Spain. Also, GRAPO was a Spanish terrorist group. 2. «Ortega Lara should be kidnapped now». Ortega Lara was a prison officer and Popular Party member who was kidnapped by the terrorist group ETA and was held hostage for 532 days. 3. «Street Fighter, post-ETA edition: Ortega Lara versus Eduardo Madina». Eduardo Madina is a politician of the Socialist Party, considered a leftist party, who suffered an ETA attack in 2002, which caused him injuries. 4. «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar If you don't give them what Carrero Blanco got, longevity will always be on their side». Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga and Blas Piñar were far right-wing politicians and supporters of Franco. Carrero Blanco was head of government in the final stage of Franco's dictatorship, and he died as a result of an attack by ETA. 5. «How many should follow Carrero Blanco's flight». 6. «It's almost the King's birthday. (I'm going to give him) a donut-bomb».

¹²⁰² This question has already been analysed in MIRÓ LLINARES, F., «Derecho Penal y 140 caracteres...», op. cit.

expression, which, in turn, requires criminal courts to consider the author's intent with respect to their messages.

3. EMPIRICAL ANALYSIS OF REGULATORY COMPLIANCE AND SELF-CENSORSHIP IN SOCIAL NETWORKS

3.1. REGULATORY COMPLIANCE, SELF-CENSORSHIP AND BANNING EXPRESSIONS ON THE INTERNET: MEASURING THE IMPACT OF THE RESTRICTIONS

The previously identified increase in judicial interventions and convictions for expressions on social networks restricts freedom of expression¹²⁰³. However, this could be justified by the social interests that the criminal justice system aims to protect. The point, as already stated, is that in addition to the questionable extent of criminalisation of crimes of expression,¹²⁰⁴ it is possible that any criminal law limitation on freedom of expression may actually be extended by the fact that citizens are not able to determine what is permitted or not¹²⁰⁵. This would mean that

¹²⁰³ Perhaps even the mere processing of complaints for certain expressions, even if the cases are subsequently filed, also has an impact on this right.

¹²⁰⁴ See: MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas ofensivas...», op. cit. Similarly, with a different approach but in a very similar critical sense: MIRÓ LLINARES, F., *Cometer delitos en 140 caracteres...*, op. cit., and also: Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa...*, op. cit.

¹²⁰⁵ This is not difficult to imagine given, for example, the different interpretations by the courts of which expressions may be criminal and which may not. Thus, for example, the well-known case of Councillor Zapata who, until he was freely acquitted, had to go through various judicial procedures, or the case of Cassandra Vera, who was first convicted and then acquitted. As LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Everything at once: limitation of expression and lack of protection of one's honour», in *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, no. 26, 2017, p.125, states: «with new criminal laws or new interpretations of the laws or the Constitution we have the feeling that

the normative effect of compliance, either through the threat of punishment or any other mechanism, would significantly damage freedom of expression beyond what is directly restricted.

The empirical study presented below aims to examine the real impact that both private and public regulation of freedom of expression in social networks has on compliance with these rules and on the decision to self-censor and not to publish certain content. From the perspective of regulatory compliance, we believe it is necessary to comprehend the prevalence of offensive and disallowed publications on social networks such as Twitter, and what factors are associated with non-compliance with the rules. To this end, we have analysed variables based on three regulatory compliance perspectives that criminological literature has analysed in detail: deterrence, social influence, and legitimacy¹²⁰⁶. In short, the deterrence perspective holds that compliance with rules essentially depends on the characteristics of the punishment associated with non-compliance, especially the perceived severity and certainty of the punishment¹²⁰⁷. Moreover, this is the assumption behind the legislative decision to criminalise conducts by threat of sanction,

in recent times these limits have been brought closer and that we feel less free, more dissuaded, more discouraged, to express our opinions. We can be accused for making jokes (the Cassandra case), or for making acidic, cruel but political comments (the César Strawberry case); we can be accused for expressing our opposition to the existence or recognition of transsexuality (the Transvestite Bus case); we can be accused for singing an anthem (the whistle case); we can be condemned for burning a flag or the portrait of a Head of State; our punishment for violently preventing a political act can be aggravated for reasons linked to the expression, for shouting "Catalanidad es Hispanidad" (Blanquerna case)».

¹²⁰⁶ On the study of these approaches and their relationship with compliance with certain rules, see: MIRÓ LLINARES, F. & BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos...», op. cit.; and GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», op. cit. In both articles, the authors elucidate the three approaches, the available empirical evidence and the current literature in terms of regulatory compliance.

¹²⁰⁷ PATERNOSTER, R., «How Much...» op. cit.

especially when the severity of the sanction is increased. This hypothesis has also been questioned for many types of rules by numerous empirical studies in the field of compliance¹²⁰⁸. The social influence perspective, on the other hand, holds that compliance depends on two major social norms¹²⁰⁹: the descriptive norm, which provides the subject with information on acceptable behaviour based on how others behave; and the prescriptive norm, which indicates how the reference group will morally judge the subject's behaviour¹²¹⁰. Finally, the legitimacy perspective holds that compliance with a rule depends on, among other variables, the agent's moral judgment with respect to the conduct. In the sense that the worse the subject believes a certain behaviour is, the less he will do it and consequently the more he will comply¹²¹¹. In addition to moral judgement, in the case of offensive messages, we understand that the perceived offensiveness of the messages can also affect compliance from the perspective of legitimacy, to the extent that a negative moral evaluation of a conduct may take into account how offensive the

¹²⁰⁸ Such as traffic rules, especially those referring to alcohol intake and speeding (MIRÓ LLINARES, F., & BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos...», op. cit.); on speeding (DUSEK, L., & TRAXLER, C., «Learning from Law Enforcement», in *cesifo Working Papers*, 8043, 2020); hate through social networks (BAUTISTA ORTUÑO, R., «Es eres un ciberhater?...», op. cit.); non-payment of taxes (HICHEM, K. & ACHEK, I., «The determinants of tax evasion...», op. cit.); copyright infringement on the Internet (GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de...», op. cit.) All of them agree that deterrence variables explain very little of the decision to comply with the rules. In this regard, and on the role that punishment should play in relation to what empirical evidence indicates, see: MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», op. cit.

¹²⁰⁹ KAHAN, D. M., «Social Influence...», op. cit.; ROBINSON, P. H., *Principios...*, op. cit.; GAYMARD, S., «Norms in social representations...», op. cit.; CIALDINI, R. B., y GOLDSTEIN, N. J., «Social influence: Compliance and conformity», in *Annual Review of Psychology*, vol. 55, 2004, among many others.

¹²¹⁰ CIALDINI, R. B., KALLGREN, C. A., Y RENO, R. R., «A Focus Theory...», op. cit.

¹²¹¹ TYLER, T., *Why people...*, op. cit.; TYLER, T., «Compliance with Intellectual...», op. cit.

message may be in general or to the specific person to whom it is directed¹²¹².

But given that it is not only relevant whether and why people comply with rules prohibiting the expression of certain statements but also whether, as a result, people decide to self-censor, we also believe it is important to take into account the variable of self-censorship or, as it is better known in academia, the *chilling effect*¹²¹³. The term *chilling effect* was coined in the United States at the beginning of the 50's¹²¹⁴ by the judge Felix Frankfurter in the United States Supreme Court sentence *Wieman v. Updegraff* (1952)¹²¹⁵ that annulled a loyalty oath on the part of public employees. It was understood that there was the possibility that a large number of people subject to a vague or ambiguous law may not exercise their constitutionally protected freedom of expression for fear of being prosecuted¹²¹⁶. This

¹²¹² BAUTISTA ORTUÑO, R., CASTRO-TOLEDO, F. J., PEREA-GARCÍA, J. O., & RODRÍGUEZ-GÓMEZ, N., «May I offend you? An experimental study on perceived offensiveness in online violent communication and hate speech», in *International E-Journal of Criminal Sciences*, no. 12, 2018.

¹²¹³ SCHULTZ, D., & VILE, J. R. (EDS.), *The Encyclopedia of Civil Liberties in America*, Volume One, Sharpe Reference, 2005, p. 161; DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado "chilling effect" o "efecto desaliento"», in *Revista de Estudios Políticos*, No. 122, 2003; CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», in *Revista General de Derecho Penal*, no. 8, 2007; BEA, D. C., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, no. 41, 2019; among others.

¹²¹⁴ Although, according to the encyclopaedia, the phenomenon itself is much older.

¹²¹⁵ The sentence is available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/344/183.html>

¹²¹⁶ SCHAUER, F., «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"», in *Boston University Law Review*, vol. 58, 1978. On the other hand, while it is true that when we refer to the chilling effect we do so in the context of freedom of expression, it is also generally used to refer only to the phenomenon in which as a consequence of a rule the citizenry is

highlighted the need to avoid ambiguity and vagueness in laws, and the need for courts to interpret and apply them in a restrictive manner so that there is no unnecessary or disproportionate sacrifice of the freedom which is being restricted¹²¹⁷. Although the risk of «self-censorship» has usually been discussed in relation to the criminalisation of certain declarations by means of laws and court interpretations, a *chilling effect 2.0* could be derived from the control of contents carried out by social networks. As we have seen, this control is sometimes even more restrictive than the legal control and although the consequences are less in terms of the deprivation of rights, the relevance for public communication is salient with respect to the restriction on expression in cyberspace¹²¹⁸.

Given the importance of this effect in providing support for maximising limitations on crimes of expression, there is a striking lack of empirical analysis, especially considering it is a descriptive rather than a normative issue¹²¹⁹. Some empirical studies have attempted to analyse how people behave in social networks, if they self-censor,¹²²⁰ to what extent they do so and

dissuaded from engaging in some behaviour. Thus, for example, the study by CANES-WRONE, B., & DORF, M. C., «Measuring the Chilling Effect», *New York University Law Review*, vol. 90, 2015 in which they attempt to measure the effects of certain abortion laws on abortion behaviours.

¹²¹⁷ STC No. 88/2003, of 19 May.

¹²¹⁸ Especially with regard to social networks, where many users make use of political expression (BRODE, L., VRAGA, E., K., BORAH, P., & SHAH, D. V., «A New Space for Political Behavior: Political Social Networking and its Democratic Consequences», in *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 19, 2014).

¹²¹⁹ TWONEND, J., «Freedom of expression and the chillin effect», in *The Routledge Companion to Media an Human Rights*, 2017; PENNEY, J. W., «Internet surveillance, regulation, and chilling effects online: a comparative case study», in *Internet Policy Review. Journal on internet regulation*, vol. 6, 2017.

¹²²⁰ DAS, S., y KRAMER, A., «Self-Censorship on Facebook», Available at:

<https://www.aaai.org/ocs/index.php/ICWSM/ICWSM13/paper/viewFile/6093/6350>, used sample of 3.9 million Facebook users to show that 71%

why, especially through the prism of the *Spiral of Silence Theory* developed by Noelle-Neumann¹²²¹. These studies suggest that citizens self-censor if they believe their opinions are in conflict with the dominant positions, and that indeed, the decision not to publish content on social networks is related to social influence¹²²². However, there is a lack of research that analyses the factors that influence the decision to publish offensive content, and of research that determines the impact of

self-censored at what they call «the last minute», i.e. they analyse users who decide not to post something at the last minute, and also found that those users who had a specific audience self-censored more.

¹²²¹ NOELLE-NEUMANN, E., *The Spiral of Silence. Public opinion – our social skin*, The University of Chicago Press, 1993.

¹²²² KWON, K. H., MOON, S. I., & STEFANONE, A., «Unspeakable on Facebook? Testing network effects on self-censorship of political expressions in social network sites», in *Qual Quant*, Springer, 2014; HOFFMANN, C. P., & LUTZ, C., «Spiral of Silence 2.9: Political Self-Censorship among Young Facebook Users», 2017. Available at: https://www.researchgate.net/profile/Christoph_Lutz/publication/318475350_Spiral_of_Silence_20_Political_Self-Censorship_among_Young_Facebook_Users/links/59d77016458515db19cb99e6/Spiral-of-Silence-20-Political-Self-Censorship-among-Young-Facebook-Users.pdf

Although also related to other variables, as shown by HAYES, A. F., SCHEUFELE, D. A., & HUGE, M. E., «Nonparticipation as Self-Censorship: Publicly Observable Political Activity in a Polarized Opinion Climate», in *Political Behavior*, vol. 28, núm.3, 2006. Similarly, HAYES explains that «after more than 3 decades of research on the spiral of silence, the evidence supporting it is mixed. Although its basic tenets are logically sound and have a certain «intuitive truth», we know that opinion expression in public contexts is multiply determined. Decisions to express an opinion can be based in part by variables central to the theory, such as perceived congruence between one's opinion and perceived public opinion, or a person's fear of social isolation. But decisions to speak out can also be influenced by such factors as a person's knowledge about the topic, interest in political matters or public affairs, importance or salience of the topic to the person, confidence in the 'correctness' of one's opinion, the extremity of one's opinion, communication apprehension and shyness, and the extent to which one's opinion is based on moral principle» (HAYES, A. F., «Exploring the Forms of Self-Censorship: on the Spiral of Silence and the Use of Opinion Expression Avoidance Strategies», in *Journal of Communication*, vol. 57, 2007, p. 786).

regulations on the decision to express opinions protected by the right to freedom of expression.

4. EMPIRICAL STUDY

4.1. OBJECTIVES AND HYPOTHESIS

The present study has two general objectives: on the one hand, to examine the prevalence of messages published by our sample that are offensive and contrary to some of Twitter's policies, and in this way, to analyse the factors associated with noncompliance with these rules; and, on the other hand, to descriptively evaluate the prevalence of self-censorship and its characteristics within our sample.

These general objectives are further defined into the following specific objectives:

1. To examine the sample's perception of freedom of expression in Spain.
2. To analyse the prevalence of offensive messages published on social networks.
3. To assess factors associated with non-compliance with expression rules.
4. To examine the prevalence of self-censorship within the sample and the topics that are self-censored.
5. To analyse the reasons for self-censorship.

To achieve the above objectives, the following hypothesis have been formulated. In relation to compliance with the rules:

Based on the deterrence perspective:

H1(a). Greater perceived punishment for transgression of the rules is associated with increased compliance.

H1(b). Higher perceived probability of being sanctioned is associated with increased compliance.

Based on the social influence perspective:

H2(a). Greater social disapproval of the behaviour is associated with increased compliance.

H2 (b). Increased compliance with the rule in the person's reference group is associated with increased compliance.

Based on the legitimacy perspective:

H3(a). A more positive judgement of the conduct is associated with increased compliance.

H3(b). Greater perceived offensiveness of the message is associated with increased compliance.

In contrast, the following hypotheses have been formulated in relation to self-censorship:

H4(a). The prevalence of self-censorship in the sample will be high.

H4(b) The topics on which they will exercise self-censorship will mainly be political.

H4(c) The reason for exercising self-censorship will be related to the possibility of being sanctioned¹²²³.

¹²²³ These three hypotheses have been established based on arguments concerning the possibility that the *chilling effect* may be caused by rules in general and, in particular, by criminal law. Furthermore, the hypotheses are based on the fact academics believe that the criminalisation of eminently political messages may lead to citizens cease expressing this type of political expression, and that the reason, therefore, for exercising this self-censorship derives from the corresponding rules and sanctions.

4.2. METHODS

Sample

The sample ($N=443$) is composed of 53% men and 47% women, with a mean age of 34 years ($SD=12.21$). 86.7% of the participants are educated to university level, and with respect to political ideology, the sample was on average on the left of the political spectrum. In this sense, on a scale from 1 to 7, where 1=extreme left and 7=extreme right, the average ideological position is 3.14 ($SD=1.18$).

Design, variables, procedure and instrument

A non-experimental design was used to achieve the objectives of this study and to test the above-mentioned hypotheses.

The dependent variable is compliance with four specific policies of use regarding expressions not allowed on Twitter. In this sense, we have taken into account the rules prohibiting threats, glorification of terrorism, discrimination and harassment. We have considered these four insofar as this type of violent communication may coincide with the criminal law prohibitions. In addition, we have added expressions of bad taste, since these can be offensive and offend individual or collective sentiments, and they are also the most prevalent offensive messages according to some studies¹²²⁴. With regard to independent variables, we have taken into account the variables from the deterrence, social influence and legitimacy perspectives. In the latter we have included not only the moral judgment of the behaviour, but also the perceived offensiveness of the messages. Moreover, we controlled for other variables, such as: a) sociodemographic variables; b) variables related to

¹²²⁴ MIRÓ LLINARES, F., «Taxonomy...», Op. cit; BAUTISTA-ORTUÑO, R., «Eres un ciberhater...», op. cit.

the perception of the quality of freedom of expression; c) variables related to the perception of the prevalence of censorship; d) variables related to self-censorship, amongst others. Further information on the variables can be found in ANNEX 1.

An *ad hoc* questionnaire was developed to measure all the above variables. Design of the questionnaire was the result of, on the one hand, adapting previous instruments designed to measure regulatory compliance¹²²⁵, and, on the other hand, several meetings between experts in criminal law and methodology.

The questionnaire was administered through the social network Twitter. Google's free survey system was used to develop the survey. The criteria for inclusion in the sample were: 1) be a Twitter user and reside in Spain; 2) be at least 13 years old and, 3) speak Spanish. Research was conducted from 17/02/2020 to 28/02/2020, inclusively. Finally, randomization of the sample was carried out through the program *Sublime Text*, which unified the three links corresponding to the questionnaires.

¹²²⁵ MIRÓ LLINARES, F., and BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos...», op. cit.; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica...», op. cit. In order to operationalize the perceived offensiveness of the messages, the scale used was from BAUTISTA ORTUÑO, R., CASTRO-TOLEDO, F. J., PEREA-GARCÍA, J. O., y RODRÍGUEZ-GÓMEZ, N., «May I offend you...», op. cit.

5. RESULTS

5.1. PERCEPTION OF THE QUALITY OF FREEDOM OF EXPRESSION, PERCEIVED CENSORSHIP IN SOCIAL NETWORKS AND KNOWLEDGE OF THE LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION

In relation to the variable «perception of the quality of freedom of expression», three different elements were surveyed. With reference to the quality of this right in general in our country, the average in the sample is almost 3 ($M=2.97$; $SD=0.96$), which means that for our participants it is neither good nor bad. This result is striking since, as we have analysed above, our country is among the freest in terms of freedom of expression according to international indicators. The same applies to the perception of freedom of expression on social networks in general, and on Twitter in particular. With regard to the perception of censorship on social networks such as Twitter, the sample average indicates that Twitter does not censor users a lot or a little and respondents also consider there to be neither much nor little censurable content on social networks such as Twitter ($M=3$; $SD=1.04$; and, $M=3.11$; $SD=1.2$, respectively). Finally, regarding the sample's knowledge about the limits of freedom of expression according to the law, 77.2% admit that they do know what the legal limits are. However, regarding the knowledge of Twitter policies in relation to what can and cannot be expressed, about 50% of the sample say they do not know, as shown in Table 1.

Table 1.

Descriptive table of the means of the variables of perceived quality of freedom of expression, perceived censorship, and knowledge of the limits of freedom of expression

| Variable | Level | N | % | M | DT | Min | Max |
|--|--|-----|------|------|-------|-----|-----|
| Perceived quality of freedom of expression | Spain | 443 | 100 | 2.97 | 0.96 | 2 | 5 |
| | Social networking | 443 | 100 | 2.93 | 1.144 | 1 | 5 |
| | Twitter | 443 | 100 | 3.01 | 1.234 | 1 | 5 |
| Perceived Censorship on Twitter | From social networks to users | 443 | 100 | 3 | 1.048 | 1 | 5 |
| | Perception of objectionable content on Twitter | 443 | 100 | 3.11 | 1.285 | 1 | 5 |
| Knowledge Law | No | 78 | 17.6 | - | - | - | - |
| | Yes | 342 | 77.2 | - | - | - | - |
| | Don't know/no answer | 23 | 5.2 | - | - | - | - |
| Political Knowledge Twitter | No | 212 | 47.9 | - | - | - | - |
| | Yes | 191 | 43.1 | - | - | - | - |
| | Don't know/no answer | 40 | 9 | - | - | - | - |

5.2. INFORMED COMPLIANCE

As regards the variable «informed compliance», that is, the variable through which we try to obtain information about the type of messages that the sample publishes and that go against Twitter policies, Figure 5 shows prevalence is very low. The exception is the category of messages of bad taste where 34.1% of the sample say they do it some of the times they publish, 5.6% say they do it quite often and 1.1% say they do it almost always or whenever they publish. Likewise, with regard to messages that can be understood as discriminatory, although nearly 80% of the sample say they never do it, 17.4% report doing it some of the times they publish, 2.5% quite a few times and 0.5% almost always or always.

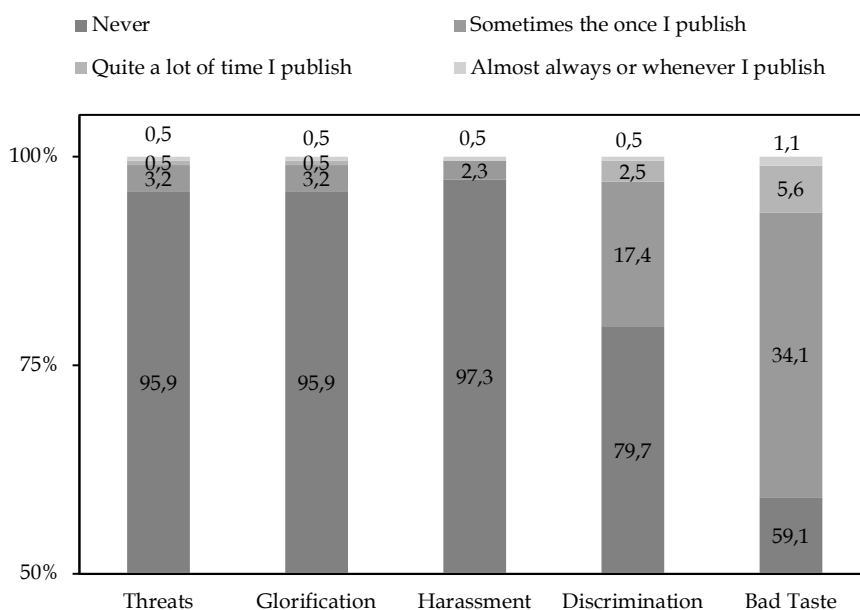


Figure 5. Prevalence of publication of offensive content (%)

5.3. VARIABLES ASSOCIATED WITH COMPLIANCE

In this study, we analysed variables that literature on three compliance theories has shown can be related to compliance: deterrence, social influence, and legitimacy. From deterrence theory, we have considered perceived severity and certainty. In terms of severity, as depicted in Figure 6, responses vary considerably.

If we consider those messages that harm some type of interest and whose prohibition also coincides, albeit abstractly, with criminal law, such as threats, glorification, harassment or discriminatory messages, very few people believe that no formal sanction would be applied to this type of message. However, about 50% in each category consider that the maximum sanction they could receive for publishing this type of message would be a sanction handed down by the social network, that is, either

deletion of the message or closure of the user's account. The rest, however, consider that the formal sanction they would receive for making this type of expression would be a fine, except in the category of glorification of terrorism, where 28.9% of the sample believe that they would receive a prison sanction. A different scenario can be found with respect to messages considered bad taste, where 40% of the sample believe that they would not receive any type of sanction; 31.2% considered that the message could be deleted from the social network; 19.4% that their account could be closed; 8.8% that they could receive a fine; and, only 0.7% think that they could be punished with imprisonment. Perhaps the likely punishments are believed to be not very severe because these are the most common type of messages that the sample reports publishing on the social network.

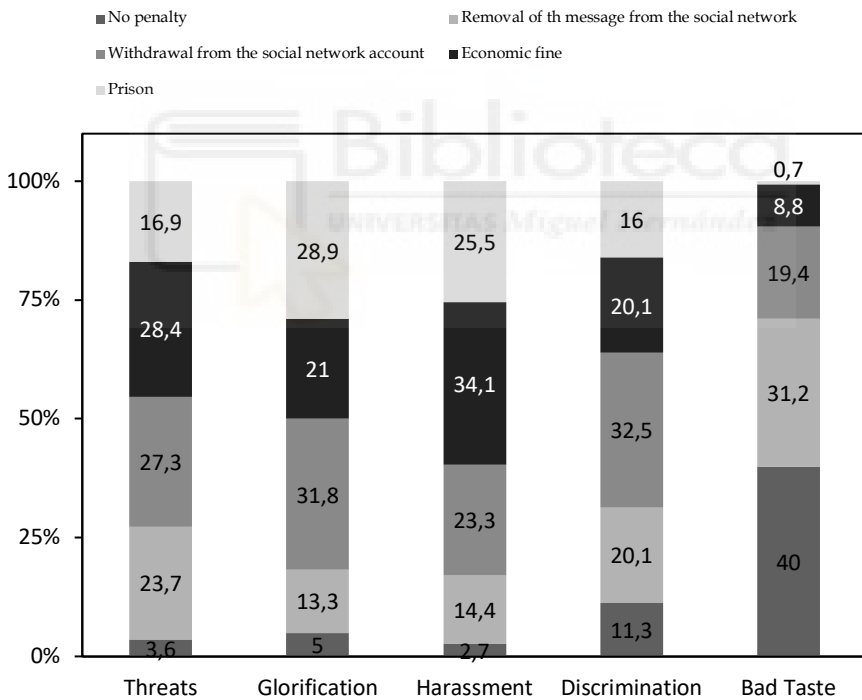


Figure 6. Description of the perceived severity of sanctions for publication of messages on social networks

Regarding the variable perceived certainty, as detailed in Table 2, on average the sample does not know if they could be

sanctioned in all categories. That is, they report a considerable degree of uncertainty regarding the probability of being punished for publishing these messages. Certainty is only slightly lower in the category of messages that are of bad taste. With reference to social influence theory, we have considered both the descriptive norm, i.e., the extent to which participants believe people publish these expressions; and the prescriptive norm, i.e., the extent to which they believe that their reference group would pass a positive or negative moral judgment if they were aware that they had published these expressions.

In the case of the descriptive norm, on average the sample reports that very few people close to them publish these types of expressions. The average is slightly higher in the category of expressions that are of bad taste. As for the prescriptive norm, that is, moral judgment or disapproval from their reference group, on average the sample reports that people around them would consider it very bad if they published this type of expression.

Finally, with respect to the variable «moral judgment» that forms part of the legitimacy perspective, as can be seen in Table 2, all categories of messages are, in moral terms, close to the statement «totally wrong», except for messages considered bad taste, which on average score morally better than the rest but are still closer to a negative judgment than a positive judgment.

The perception of offensiveness or «harm» that these types of messages could cause to those targeted was also taken into account. Thus, regarding the offensiveness of the message we can see that on average all categories are quite close to 5, except, again, messages that are of bad taste. All this information has been included in Table 2.

Table 2.

Descriptive summary of compliance variables and perceived offensiveness

| Variable | Conduct | M | SD | Min | Max |
|-------------------------|----------------|------|-------|-----|-----|
| Certainty | Threats | 3.11 | 1.168 | 1 | 5 |
| | Glorification | 3.5 | 1.315 | 1 | 5 |
| | Harassment | 3.19 | 1.219 | 1 | 5 |
| | Discrimination | 3.03 | 1.263 | 1 | 5 |
| | Bad taste | 2.43 | 1.172 | 1 | 5 |
| Descriptive standard | Threats | 1.6 | 0.683 | 1 | 3 |
| | Glorification | 1.57 | 0.697 | 1 | 4 |
| | Harassment | 1.64 | 0.762 | 1 | 4 |
| | Discrimination | 2.12 | 0.898 | 1 | 4 |
| | Bad taste | 2.51 | 0.891 | 1 | 4 |
| Prescriptive standard | Threats | 1.41 | 0.589 | 1 | 4 |
| | Glorification | 1.28 | 0.557 | 1 | 4 |
| | Harassment | 1.33 | 0.597 | 1 | 5 |
| | Discrimination | 1.56 | 0.789 | 1 | 5 |
| | Bad taste | 2.17 | 0.948 | 1 | 5 |
| Moral judgement | Threats | 4.58 | 0.807 | 1 | 5 |
| | Glorification | 4.58 | 0.889 | 1 | 5 |
| | Harassment | 4.65 | 0.823 | 1 | 5 |
| | Discrimination | 4.42 | 0.977 | 1 | 5 |
| | Bad taste | 3.44 | 1.239 | 1 | 5 |
| Perceived offensiveness | Threats | 4.4 | 0.88 | 1 | 5 |
| | Glorification | 4.4 | 0.94 | 1 | 5 |
| | Harassment | 4.55 | 0.78 | 1 | 5 |
| | Discrimination | 4.35 | 0.97 | 1 | 5 |
| | Bad taste | 3.37 | 1.28 | 1 | 5 |

Having carried out the descriptive analyses of the previous variables, a bivariate analysis was conducted between the different behaviours evaluated by the variable «informed compliance» with its respective variables from deterrence perspective (perceived severity and certainty), from social influence (descriptive and prescriptive norm), and from legitimacy (moral judgement and the variable operationalized as «perceived offensiveness»). Due to the ordinal nature of the different variables, Spearman correlations were conducted.

As shown in Table 3, for all the expressions analysed, significant relationships were found between the different types of behavior and the descriptive norm, prescriptive norm, moral

judgment and perceived offensiveness. In this sense, severity only correlates significantly and negatively with messages that are of bad taste, i.e. the lower the perceived severity of punishment, the greater the publication of messages of this type. Certainty, on the other hand, was not significantly correlated with any of the behaviours analysed. These data imply that we should reject the hypotheses formulated based on the deterrence perspective (*H1(a). Greater perceived punishment for transgression of the rule is associated with increased compliance. H1(b). Higher perceived probability of being sanctioned is associated with increased compliance*). In other words, neither severity nor certainty are related to greater compliance with the rules assessed in this paper, at least according to the traditional hypotheses from this perspective.

The descriptive norm is significantly related to all the behaviours, although the correlation is stronger in the case of the messages considered discriminatory or bad taste. In this sense, the greater the participant's belief that others publish this type of expressions on social networks, the more likely they are to also publish similar messages. On the other hand, the prescriptive norm, that is, the reference group's moral judgment also correlates significantly with all behaviours. The strongest correlation is found with respect to expressions considered discriminatory and of bad taste. In other words, the more positive the reference group's moral judgement is about such expressions, the more likely it is that the participants publish these types of messages. In this sense, we must accept the hypotheses put forward regarding the social influence perspective (*H2(a). Greater social disapproval of the behaviour is associated with increased compliance. H2(b). Increased compliance with the rule in the person's reference group is associated with increased compliance*).

Participants' moral judgment about the different types of messages is significantly related to their dissemination. The strongest correlation was found with respect to expressions of

bad taste, discriminatory messages and those that glorify terrorism. In this way, the more negative the participants' moral judgment is regarding these types of expression, the less likely it is that they publish these messages. Finally, the perceived offensiveness was also correlated with these behaviors, especially with respect to expressions that are of bad taste, that discriminate or that glorify terrorism. That is, the more offensive the participants believe the message is, the less this type of declaration is made by the sample. This leads us to accept the hypotheses formulated regarding the legitimacy perspective (*H3(a). A more positive judgement of the conduct is associated with increased compliance. H3(b). Greater perceived offensiveness of the message is associated with increased compliance*).

Table 3.
Correlations between the conducts and the variables for normative compliance/perceived offensiveness

| | Severity | Certainty | Descriptive N. | Prescriptive N. | Moral J. | Offensiveness |
|----------------|----------|-----------|----------------|-----------------|----------|---------------|
| Threats | -0.022 | 0.019 | .147** | .184** | -.154** | -.114* |
| Glorification | -0.063 | 0.018 | .225** | .251** | -.272** | -.231** |
| Harassment | -0.021 | -0.022 | .151** | .107* | -.153** | -.117* |
| Discrimination | -0.009 | -0.016 | .287** | .346** | -.287** | -.176** |
| Bad taste | -.188** | -0.021 | .271** | .392** | -.424** | -.339** |

** Correlation is significant at 0.01 (bilateral) * Correlation is significant at 0.05 (bilateral)

5.4. SELF-CENSORSHIP: PREVALENCE AND REASONS

One of the variables of special interest for this study was informed self-censorship. In this regard, Table 4 shows the results for whether participants had decided not to express their opinion on any type of topic on social networks such as Twitter in the last 12 months and which they would have liked to express. Only 19.6% said they had never self-censored; however, 47% of the sample said they had sometimes censored themselves, 26.2% quite a few times and 7.2% said they had done so almost always or always. These findings are particularly notable because they imply that more than 80% of the participants in this study report having stopped themselves from expressing their opinions on social networks sometime in

the last year, even though they would have liked to do so. In his sense, we accept hypothesis *H4(a)*. *The prevalence of self-censorship in the sample will be high.*

Table 4.
Informed self-censorship

| Self-censorship (last 12 months) | N | % |
|-------------------------------------|-----|------|
| Never | 87 | 19.6 |
| Some of the times I publish | 208 | 47 |
| Quite a lot of the times I publish | 116 | 26.2 |
| Almost always or whenever I publish | 32 | 7.2 |

The topics on which the participants say they have avoided giving an opinion, i.e., they have self-censored, can be seen in Table 5. The majority of the sample stopped giving their opinion on political issues. Perhaps this is the most salient finding, since freedom of expression is particularly relevant when the content of what is expressed is political. Therefore, we accept hypothesis *H4(b)* *The topics on which they will exercise self-censorship will mainly be political.*

Table 5.
Topics on which opinions have been avoided

| Issues avoided on social networks | | N | % |
|---|-----|-----|------|
| I avoid giving opinions on political issues | Yes | 284 | 64.1 |
| | No | 158 | 35.7 |
| I avoid giving opinions on gender issues (gender violence, feminism, machismo) | Yes | 30 | 6.8 |
| | No | 413 | 93.2 |
| I avoid giving opinions on religious matters | Yes | 43 | 9.7 |
| | No | 400 | 90.3 |
| I avoid commenting on economic issues | Yes | 11 | 2.5 |
| | No | 432 | 90.3 |
| I avoid giving opinions on issues of nationalism in Catalonia | Yes | 6 | 1.4 |
| | No | 437 | 98.6 |
| I avoid commenting on criminal justice issues | Yes | 6 | 1.4 |
| | No | 437 | 1.4 |
| I avoid talking about other subjects (e.g. love, science, corruption, pollution, education, etc.) | Yes | 48 | 10.8 |
| | No | 395 | 89.2 |

As for the reasons why the sample self-censors, as detailed in Table 6, from the various options available to the participants the reason «I have stopped myself from expressing my opinions because I believe that what I wanted to express could offend other people» stands out as 80% of the sample reports that this is one of the reasons why they have not expressed their opinion. Likewise, 25.1% revealed that they have stopped themselves from expressing their opinions because they thought their opinion would not please others or because they believed their opinion should not be made public, and 17.4% because they believed that it would not please the people around them. In other words, 42.5% of the sample stopped themselves from expressing their opinions because they believed that others would not like what they say. But, perhaps the most relevant data for the purpose of verifying the possible effect the rules have on self-censorship, which we have called the *chilling effect 2.0*, is that according to the data in this study the possibility of the message or the social network account being deleted or blocked, or even the corresponding punishment if their expression constitutes a criminal offence is not a relevant reason for self-censorship. Consequently, we must reject hypothesis *H4(c)* *The reason for exercising self-censorship will be related to the possibility of being sanctioned.*

Table 6.

Reasons for self-censorship

| Reasons for not giving your opinion on social networks. | | <i>N</i> | % |
|---|-----|----------|------|
| I have stopped myself from expressing my opinions because I thought they might delete or block the message. | Yes | 41 | 9.3 |
| | No | 402 | 95 |
| I stopped myself from expressing my opinions because I thought my social network account might be deleted. | Yes | 22 | 5 |
| | No | 421 | 92.6 |
| I stopped myself from expressing my opinions because I thought I might be punished for a crime. | Yes | 33 | 7.4 |
| | No | 410 | 92.6 |
| I have stopped myself from expressing my opinions because I thought my friends, family or close people would not like my opinion. | Yes | 77 | 17.4 |
| | No | 366 | 82.6 |
| I have stopped myself from expressing my opinions because I thought others (third parties) would not like my opinion. | Yes | 111 | 25.1 |
| | No | 332 | 74.9 |
| I have stopped myself from expressing my opinions because I believed that what I wanted to express could offend other people. | Yes | 356 | 80.4 |
| | No | 87 | 19.6 |
| I stopped myself from expressing my opinions because I believed that what I was about to express should not be made public. | Yes | 111 | 25.1 |
| | No | 332 | 74.9 |
| Other reasons (e.g. avoiding a confrontation, not worth getting into conflicts, fear of being attacked, fear of future repercussions, etc.) | Yes | 103 | 23.3 |
| | No | 340 | 76.6 |

6. DISCUSSION AND LIMITATIONS

In the present research we aimed to analyse the state of freedom of expression in Spain in light of the existing concern from international organizations and experts who report that state control has increasingly limited what can be expressed freely, and considering that social networks seem to have had some influence on the restrictions. Analysis of the legislative evolution from 1995 to the present day regarding the most problematic crimes of expression served to verify that the successive Criminal Code reforms have increased the scope of

what is punishable and therefore the catalogue of declarations that cannot be expressed. This is especially lucid with regard to the crimes of hate speech and glorification of terrorism and humiliation of its victims. With the aim of analysing whether this criminal law reduction in free expression has translated into an actual reduction in practice, we carried out an exploratory analysis of sentences to analyse the judicial application of these types of criminal offences. It was noted that the increase in sentences in recent years is particularly striking for the crimes of glorification of terrorism and hate speech, and we have also seen that social networks and the Internet have had an impact on these sentences, insofar as the majority of expressions that have been prosecuted as of 2014 occur in cyberspace. This could give rise to the idea that social networks have increased or precipitated the commission of this type of crime, but another possible hypothesis that could explain this trend is that there has been an increase in the control of what is expressed. It is important to point out at this point that the data on the sentences analysed in this paper should be interpreted with caution. Due to the inaccessibility of the data, we have not analysed all indicators of judicial application, such as, for example, judicial investigations that have been carried out for the possible commission of these crimes but that have not ended in a trial. Without doubt, these data would help us understand the real dimension of the issue, which we intuit is much more extensive than what we have been able to evaluate here¹²²⁶. On the other

¹²²⁶ Especially if we consider the data provided by the latest reports by the State Public Prosecutor's Office. Thus, for example, according to the 2019 Report by the State Prosecutor's Office, which analyses the data for the year 2018, in relation to article 510 on hate speech, there were 117 judicial proceedings for incitement (article 510.1) that the State Public Prosecutor's Office is following up, 56 investigative proceedings opened in the State Prosecutor's Office; 15 indictments and 9 sentences. For humiliation or justification of this type of crime (article 510.2) there were 316 judicial proceedings monitored by the State Public Prosecutor's Office, 54 investigative proceedings opened by the State Public Prosecutor's Office, 57 indictments filed, and 23 sentences handed down. The 2018 report of the

hand, the sample of sentences analysed here does not represent all sentences. Rather, the sample was obtained from the Aranzadi database using an inclusion criteria and does not include all the sentences passed by the courts. Likewise, in the present paper we have focused only on crimes of expression in the Criminal Code and have not analysed the effects that the Citizen Security Law, popularly known as the «Gag Law», may have had on freedom of expression. Despite these limitations, what we can say from the analysis of sentences carried out here is that in Spain the popularization of social networks turned two of the crimes that had been applied very infrequently into a significant source of criminal proceedings and charges. Furthermore, the judicial interpretation of the first offenses of this type was more expansive and wide-ranging, in our opinion too much so, than the interpretations that came later. However, as we have pointed out, it is possible that the trend in criminalisation of this type of expression will change as a result of recent interpretations by our Constitutional Court, especially with regard to the César Strawberry case. In this ruling, the Court makes clear it is necessary to provide due arguments for limiting freedom of expression, particularly with regard to those expressions that, although unpleasant, constitute political criticism. Perhaps what this will produce is a Strawberry effect¹²²⁷, an effect quite contrary to the *chilling effect*, a belief that it is now possible to make any type of declaration on social networks as long as it constitutes political or ideological criticism. Or, simply, the effect might be an increased belief that

Attorney General's Office, which evaluates 2017, indicates that for hate speech (article 510.1) there were 89 judicial proceedings monitored by the State Public Prosecutor's Office; 101 investigative proceedings initiated by the State Public Prosecutor's Office, 14 indictments and 19 sentences. For humiliation or justification (article 510.2) there were 220 judicial proceedings monitored by the State Public Prosecutor's Office, 75 investigative proceedings, 52 indictments and 19 sentences.

¹²²⁷ In fact, there are already headlines such as «TC raises ceiling on freedom of expression by overturning Cesar Strawberry's sentence» https://elpais.com/politica/2020/02/25/actualidad/1582639252_567110.html

in a democratic country like ours no one is going to be convicted for defending even the most abject ideas. In any case, we will have to wait to be able to observe both this new jurisprudential tendency that we intuit will take place, as well as the effect that it may have on what citizens can or cannot express on social networks.

The other major objective of the present research was to use empirical methodologies to move towards analysis of the effect that all this regulation might have had on freedom of expression, both in terms of compliance with private and public rules regulating the publication of content and in terms of self-censorship. The results show that the citizens surveyed have neither a particularly positive nor a particularly negative perception of this issue, which, in a state that is supposed to guarantee freedom of expression, cannot be assessed positively. As for the prevalence of compliance, as expected, respondents rarely acknowledge publishing messages that might be against Twitter policies or the law, although they do admit to posting expressions that might be considered bad taste¹²²⁸. The results of the analysis of the factors associated with compliance are more relevant. These show how, in line with what we have analysed for other criminal laws¹²²⁹, variables derived from deterrence do not explain compliance¹²³⁰. On the other hand,

¹²²⁸ This would confirm the data in the study carried out by MIRÓ LLINARES, F., «Taxonomía...», op. cit., on a sample of more than 250,000 tweets and in which the prevalence of violent messages was particularly low. It would also confirm the results of BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Es eres un ciberhater?...», op. cit., that in a sample of 1502 Internet users, the prevalence of violent communication showed that messages related to incitement to violence or threats were the least published by users, while messages offending collective sensibilities were published more frequently than any other type of message evaluated in the study.

¹²²⁹ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos...», op. cit.; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica...», op. cit.

¹²³⁰ Findings that are consistent with the available literature on the ineffectiveness of using formal sanctions for the prevention of certain behaviours (See MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué

non-compliance with the rules does seem to be related to the perception of what others do and to a moral judgement of the legitimacy of the conduct¹²³¹. Similar results can be found in the study carried out by Bautista Ortuño¹²³².

These findings lead us to two important conclusions that we will first express separately and then analyse together in order to fully understand how, in our opinion, the findings relate to the main focus of this research: the impact that criminal law has on citizens' free expression. The first is that, given the variables related to deterrence do not explain compliance with the rules, the increased criminal repression observed in courts' practices will not necessarily lead to a reduction in what citizens decide to publicly express or not. Increasing punishment for a type of offensive declaration or increasing the certainty that a particular expression might be sanctioned does not seem to determine whether or not it is expressed by citizens. The second conclusion is that serious punishment of acts such as those analysed in this study and sanctioned via crimes of expression seems to be counterproductive to the effects of avoiding these declarations given that in our sample, the lower the perceived severity, the greater the emission of messages of bad taste. This is coherent with the explanatory power of the participants' moral judgment for normative compliance¹²³³. It is also important in order to evaluate how the law and the regulation of contents on the Internet affects the decision to publish contents: those people who believe they have the right to freely express what the law considers should not be expressed, will continue to do so, while those who consider that publishing these expressions is morally unacceptable or that it can offend others will decide not to do so.

cumplimos...», op. cit.; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica...», op. cit.; TYLER, T., «Legitimacy and criminal justice...», op. cit.).

¹²³¹ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos...», op. cit.; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica...», op. cit.

¹²³² BAUTISTA ORTUÑO, R., «Eres un ciberhater...», Op. cit.

¹²³³ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», op. cit.

Does this imply that the criminal repression of certain types of expression does not affect freedom of expression or, rather, the decision of citizens to express themselves freely? Not really. What it does indicate is that criminal law and the rules that regulate content on the Internet do not seem to be able to change the conduct of those who decide to make expressions contrary to those rules, probably because of the low perceived certainty of being caught. Yet, it is possible that they have affected those who have decided not to express themselves in that sense, perhaps because they consider the rule to be morally adequate and thus, if it were changed and expanded, they may then consider that what is now permitted to be expressed is also «morally adequate». However, these results do show that when the rules go beyond what the citizens themselves consider morally adequate, these citizens decide not to obey the restrictions on freedom of expression. According to the results of the study, citizens who believe they have the right to express something in bad taste decide to do so even if they perceive it to be illegal or that it could lead to a restriction of content by a social network. Does this imply that the law does not affect freedom of expression? We believe that it should be expressed in the opposite sense: it implies that the law is not able to prevent the expression it wants to avoid, but it does end up sanctioning these acts and, therefore, we could say that it makes the expression of these ideas less free, even though it does not manage to stop them from being made public. In fact, there is no doubt that judicial intervention makes these ideas more notorious. But that does not mean that those who express them and are prosecuted or punished for them are, and feel, more free. Criminal law, by criminalizing certain expressions that many citizens do not believe should be criminalised, does not achieve its objective of preventing them but erodes the perceived right of citizens to express these ideas freely.

This is totally consistent with the findings on the issue of self-censorship in social networks. Our aim was to examine

whether this could materialize with the introduction of rules, insofar as rules can lead to the self-censorship of free expression according to academic literature and even the courts. Both these sources warn there is a risk of discouraging people from expressing their ideas or opinions by introducing rules or laws that restrict freedom of expression and through the judicial application of these laws. Our data do not indicate that this is the case, though they do show a concerning level of self-censorship. A large proportion of our sample reports has engaged in self-censorship at some time, and 64 per cent acknowledge that politics is the issue which they self-censor. This should be of concern, since freedom of expression makes particular sense for political issues and political criticism, and it helps shape public and therefore democratic debate. With regard to the reasons why the sample decided to self-censor, it is particularly noteworthy that 80.4% reported having refrained from expressing opinions because they believed what they wanted to express could offend other people. It is also noteworthy that nearly 20% of the sample have refrained from expressing their opinions because they believed that people around them would not like it. Similarly, 25% say they self-censor because they believe that what they want to express would not be to the liking of others. In other words, more than 40% of the sample decides to self-censor as a consequence of social influence, in other words, based on what others may think of the person exercising freedom of expression. This is consistent with the studies that test the *Spiral of Silence Theory*, which show that self-censorship (especially on political issues) is exercised when one's opinion is aligned with the dominant positions¹²³⁴.

¹²³⁴ GEARHART, S., & ZHANG, W., «Was It Something I said? “No, It Was Something You Posted! A Study of the Spiral of Silence Theory in Social Media Contexts”», in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, vol. 18, núm. 4, 2015; CHEN, H. T., «Spiral of silence on social media and the moderating role of disagreement and publicness in the network: Analyzing expressive and withdrawal behaviors», in *New Media & Society*, vol. 20, 2018; STOYCHEFF, E., «Under Surveillance: Examining Facebook’s Spiral of Silence Effects in the Wake of NSA Internet Monitoring», in *Journalism & Mass Communication Quarterly*, vol. 93, 2016, among others.

Finally, more than 20% of the sample says that they self-censor for other reasons, such as to avoid confrontation or because they think it is not worth entering into conflict, etc. Similar reasons for exercising self-censorship on Facebook were found by Sleeper, Balebako, Das, McConahy, Wiese & Cranor¹²³⁵

Despite the relevance of the results of the present study, we recognize that they should be interpreted with caution due to their limitations. We believe that some items should be rethought¹²³⁶. It is necessary to carry out more studies on this issue in order to be able to compare results and to advance knowledge on the topic. Similarly, this is not a representative sample of the population, and we must highlight a high level of bias, especially with regard to the education level of the participants, as the majority report having higher education. We consider, in any case, that research on freedom of expression should advance, and, especially, the empirical kind, which should provide us with information on its state of health.

This information should not only come from analysis of state control conducted through the enactment of laws and their application, but also of that part of freedom that is no longer exercised because citizens prefer not to give their opinion on important issues such as politics. Furthermore, information and

¹²³⁵ Although the reasons for this could vary depending on the type of content which the sample in this study decided to self-censor; for example, how the participants want others to perceive them, which is a reason that we have not considered in this study (SLEEPER, M., BALEBAKO, R., DAS, S., MCCONAHY, A. L., WIESE, J., & CRANOR, L. F., «The Post that Wasn't: Exploring Self-Censorship on Facebook», in *Proceedings of the 2013 conference on Computer supported cooperative work*, 2013).

¹²³⁶ Thus, for example, we do not know for sure if the perception of the quality of freedom of expression shows these values on average because this is the user's opinion or because of the operationalisation of these variables. Similarly, given the prevalence of expressions that are of bad taste in the sample, we believe that it would be convenient to operationalize in another way what can be considered as «bad taste».

transparency about the private control of freedom of expression or censorship 2.0 is also needed.

But while we wait for research to move forward, perhaps we should take advantage of the notoriety that the issue has gained from the Constitutional Court's ruling on the César Strawberry case. In this sense, we could proceed with the very necessary criminal reform of crimes of expression, in terms of returning to a situation in which only those expressions that are truly harmful (or offensive in a restricted sense that omits any form of political criticism, as has been defended in other studies¹²³⁷) are criminalised. Thus, requesting the repeal of most of the conducts included in the previous Criminal Code that do not adhere to the principles of criminal law in a democratic society¹²³⁸. We should also reflect on how to address the relationship between state control and private control of freedom of expression, especially the inconvenience of requiring large companies to be responsible for the content that flows on their platforms and which, in some way, obliges them to adopt restrictive measures that are much broader than the law itself¹²³⁹. Perhaps social media should take advantage of the results of empirical research such as those found here, as well as

¹²³⁷ MIRÓ LLINARES, F., *Cometer delitos...*, op. cit.; CORRECHER MIRA, J., «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», in *Diario La Ley*, núm. 9600, 2020.

¹²³⁸ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Along the same lines, the report prepared by the Platform in defence of the freedom of information together with Access Info Europe, the Federation of Journalists' Unions and the Study Group on Criminal Policy and Research Group «Legal regulation and participation of the digital citizen» of the Complutense University of Madrid for its consideration in the 35th session of the Working Group of the United Nations Human Rights Council, where they essentially advocate for the decriminalisation of the majority of expression crimes. Available at: <https://www.access-info.org/wp-content/uploads/EPU-Espa%C3%B1a-2019-informe-Final.pdf>

¹²³⁹ JACKSON, B. F., «Censorship and Freedom of Expression in the Age of Facebook», in *New Mexico Law Review*, vol. 44, 2014.

seeking more and better empirical findings. This will help them understand that when content policies, including those that restrict the freedom to express certain ideas, are not aligned with citizens' perceptions of what should and can be expressed, it is less likely that the rules will be followed and there may be less satisfaction with the social network itself¹²⁴⁰. Transparency and community participation are not only an abstract duty derived from a duty to be democratic, but rather they seem to be a real foundation for the legitimacy needed to achieve a freer and healthier society¹²⁴¹.

¹²⁴⁰ Especially if we consider the fact that each user of these social networks can isolate themselves from any offense. They have tools at their disposal such as choosing who to follow or who to keep in their contact network, selecting the type of content they want to appear in their respective accounts, even blocking messages or users to prevent them from communicating with them, etc. As discussed in depth elsewhere (MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización...»), one of the requirements that an offense had to meet to be criminalised according to legal philosopher JOEL FEINBERG, was «the reasonable avoidability standard», understood as the difficulty that potential unwitting witnesses of the offensive words or declarations may have to avoid being witness. According to this standard, the easier it is for the public to avoid the environment in which the conduct has occurred, the less serious the offense will be, and conversely, the more difficult it is to avoid encountering it, the more serious it will be. Feinberg uses the example of «dirty books», asking who is offended by the content of an obscene book that is on the shelf of a bookstore waiting to be read? In this regard, the author states that «no one has the right to be protected by the State against offensive experiences if he could easily and effectively avoid them without any inconvenient or unreasonable effort» (FEINBERG, J., *Offence to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986).

¹²⁴¹ As LASCURAÍN expresses, «despite the Internet, we must vindicate political expression, because democracy is included in it» (LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Todo a la vez...», op. cit.).

ANNEX 1

Table 7.
Study Variables

| | | | |
|--|---|---|--|
| Socio-demographic | Sex | What's your gender? | Male; Female |
| | Age | What's your age? | |
| | Level of studies | What is your level of education? | Primary school; Secondary school; Vocational training; High school; University studies |
| | Political spectrum | Where would you place yourself on the political spectrum | If 1=left end and 7=right end |
| Perceived quality of freedom of expression | In Spain | In general, what do you think is the «state of health» of freedom of expression in Spain? | 1=Very good; 2=Good; 3=Neither good nor bad; 4=Bad; 5=Very bad |
| | On social networks in general. | In general, what do you think is the «state of health» of freedom of expression on social networks? | 1=Very good; 2=Good; 3= Neither good nor bad; 4=Bad; 5=Very bad |
| | On Twitter in particular | In particular, what do you think is the «state of health» of freedom of expression on Twitter? | 1=Very good; 2=Good; 3= Neither good nor bad; 4=Bad; 5=Very bad |
| Perception of censorship in social networks | To what extent do you think social networks such as Twitter censors users' expressions (whatever their opinions may be)? | | 1=No censorship at all and 5=Lots of censorship |
| Perception of objectionable content on social networks | To what extent do you think that social networks like Twitter produce a lot of content and messages that could be objectionable from a legal point of view? | | 1=Not much objectionable content and 5=A lot of objectionable content |
| Awareness of the limits of freedom of expression | In the law | Do you know the limits of freedom of expression from a legal point of view? I mean, do you know what can be expressed or not expressed according to the law? | Yes; No; NS/NC |
| | From social networks | Do you know the limits to freedom of expression according to the policies of social networks such as Twitter, that is, do you know what can be expressed or not according to the policies of social networks such as Twitter? | Yes; No; NS/NC |

Table 8.

Continuation of the description of the study variables

| | | | |
|--|--|---|--|
| Informed compliance with standards or policies on social media such as Twitter | Threats | In the last 12 months, have you posted any messages (text, images, videos, etc.) on social networks that could be understood as threatening a person or group of people? | 1=Never; 2=Some of the times I publish; 3=Often when I publish; 4=Almost always or whenever I publish |
| | Glorification of terrorism or violence | In the last 12 months, have you posted any messages (text, images, videos, etc.) on social networks that justify or glorify any type of violence, terrorist act or violent extremism? | 1=Never; 2= Some of the times I publish; 3= Often when I publish; 4=Almost always or whenever I publish |
| | Harassment | In the last 12 months, have you posted any messages (text, images, videos, etc.) on social networks that could be understood to mean that you were harassing someone, or inciting someone else to do so? | 1=Never; 2= Some of the times I publish; 3= Often when I publish; 4=Almost always or whenever I publish |
| | Hate speech | In the last 12 months, have you posted any messages (text, images, videos, etc.) on social networks that were against other people based on their political ideology, race, ethnicity, nationality, sexuality or gender? | 1=Never; 2= Some of the times I publish; 3= Often when I publish; 4=Almost always or whenever I publish |
| | Tasteless or offensive | In the last 12 months, have you posted any messages (text, images, videos, etc.) on social networks that, while not entering any of the above, could be considered in bad taste or interpreted as offensive, unpleasant or politically incorrect? | 1=Never; 2= Some of the times I publish; 3= Often when I publish; 4=Almost always or whenever I publish |
| Deterrence variables | Perceived severity | In your opinion, what maximum sanction do you think a person could receive for publishing the following content on Twitter? (see informed compliance behaviours) | No penalty; withdrawal of the message from the social network; withdrawal from the account at the social network; financial fine; imprisonment |
| | Perceived certainty | How likely do you think you would be sanctioned for publishing any of the following expressions (sanction includes removal of content, removal from the social network account, or any other)? (see informed compliance behaviours) | 1=I'm pretty sure I wouldn't get sanctioned; 2=I'd be unlikely to get sanctioned; 3=I don't know if I'd get sanctioned; 4=I'd be pretty likely to get sanctioned; 5=I'm pretty sure I'd get sanctioned |

Table 9.

Continuation of the description of the study variables

| | | | |
|-----------------------------|---|---|---|
| Social influence variables | Descriptive standard | In your opinion, how many people around you think publish the following expressions in social networks such as Twitter? (see informed compliance behaviours) | 1=No one does it; 2=Few people do it; 3=Many people do it; 4=Everyone does it |
| | Prescriptive standard | And thinking about the people around you, to what extent do you think they would disapprove of your behaviour or think you did something wrong if they knew you did any of the following on social networks like Twitter? (see informed compliance behaviours) | 1= It would seem very bad; 2= It would seem bad; 3= It would seem neither good nor bad; 4= It would seem good; 5= It would seem very good |
| Legitimacy variables | Moral judgement | Now, thinking in moral terms, how do you think he is performing the following expressions in social networks like Twitter? (see informed compliance behaviours) | If 1= It's totally fine and 5= It's totally wrong |
| Perceived offensiveness | To what extent do you think someone would be really offended (to the point of it harming their rights) if someone else targeted them with the following type of expression on social networks such as Twitter? (see informed compliance behaviours) | | 1=Not at all offensive; 5= Totally offensive |
| Self-censorship variable | Have you ever decided during the last 12 months not to express an opinion on a topic on social networks such as Twitter that you would have liked to express? | 1=Never; 2=Some of the times I publish; 3= Often when I publish; 4= Almost always or always I publish | |
| Self-censorship issue | What topics have you avoided expressing your thoughts about at any time during the past 12 months? | 1= Never avoided expressing my opinion; 2= Politics; 3= Religion; 3= Economy; 4= Other (describe) | |
| Reasons for self-censorship | In case you ever decided not to express your opinions | 1= I have always expressed what I wanted on social networks; 2= I have stopped expressing my opinions because I thought that my message could be removed or blocked; 3= because I thought that my account on the social network could be removed; 4= because I thought that I could be punished for a crime; 5= because I thought that friends, family or close people would not like my opinion; 6= because I thought that others (third parties) would not like my opinion; 7= because I thought that what I wanted to express could offend other people. 8= I believed what I was about to express should not be made public; 9= other | |



ESTUDIO 4. LA DISUASIÓN PENAL EN EL ESTADO DE ALARMA: SOBRE LA EFICACIA DE LA AMENAZA DEL CASTIGO DE LA DESOBEDIENCIA AL CONFINAMIENTO

1. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: CUANDO LA «BALA DE PLATA» CONTRA LA COVID-19 ES EL COMPORTAMIENTO CONFORME A LAS NORMAS

La situación generada por la pandemia del coronavirus COVID-19 ha dejado pocas esferas de nuestra sociedad intactas. Ni las sociales, ni las económicas, ni tampoco las jurídicas han escapado a los cambios que el virus ha provocado en nuestra sociedad que, muy posiblemente, saldrá modificada tras este hito histórico. Y no es para menos teniendo en cuenta que este virus, para el que no estábamos preparados, ha provocado al tiempo en que se escribe este trabajo más de 231.600 contagios y más de 27.000 fallecidos en España conforme a las estadísticas oficiales.

Muchos de los Estados que se han visto afectados por esta enfermedad han actuado frente al problema elaborando una serie de normas limitativas de derechos¹²⁴², fundamentalmente

¹²⁴² KOOISTRA, E. B., FOLMER, C. R., KUIPER, M. E., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «Mitigating COVID-19 in a Nationally Representative UK Sample: Personal Abilities and Obligation to Obey the Law Shape Compliance with Mitigation Measures», 2020. Preprint disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3598221; KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown: Compliance with COVID-19 mitigation measures in the Netherlands», 2020. Preprint Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3598215> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn>.

el de libre circulación, y que tienen como principal objetivo conseguir disminuir la propagación del virus COVID-19. Se trata de medidas esencialmente dirigidas a regular el distanciamiento social y el confinamiento (*lockdown*) como medio de contención eficaz para disminuir los contagios y los efectos devastadores del virus¹²⁴³ y que, en el caso de España se produjo a través del *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19* (RD en adelante).

En este sentido, el RD vino a establecer en su artículo 7 la prohibición durante la vigencia del estado de alarma de circular por las vías o espacios públicos salvo para realizar excepcionalmente actividades que podemos considerar esenciales o básicas tales como la adquisición de alimentos, el desplazamiento a centros sanitarios, asistencia al lugar de trabajo, entre otras y que, como cualquier mandato de prohibición es necesario ponerlo en relación con su propio régimen sancionatorio, establecido en el artículo 20 de dicho RD. En este artículo se establece que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la L.O. 4/1981, de 1 de junio.

3598215; VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation Measures in the United States», 2020. Preprint disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3582626; GRAHAM-HARRISON, E., y KUO, L., «China's coronavirus lowkdown strategy: Brutal but effective», en *The Guardian*, vol. 19, 2020.

¹²⁴³ WILDER-SMITH, A., y FREEDMAN, D. O., «Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak», en *Journal of Travel Medicine*, 2020. DOI:10.1093/jtm/taaa020; GREENSTONE, M., y NIGAM, V., «Does Social Distancing Matter?», 2020. Preprint disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561244

A tenor de lo dispuesto, son dos las principales conductas, diferentes pero relacionadas entre sí, que serían sancionables: por un lado, el incumplimiento de la norma, en este caso, del confinamiento fuera de los supuestos excepcionales previstos en el artículo 7; por otro, la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes, esto es, fundamentalmente la desobediencia a las autoridades¹²⁴⁴. Asimismo, aunque si bien hay otros instrumentos a través de los cuales sancionar comportamientos incumplidores del confinamiento que posiblemente suscitarían menos dudas y tensiones respecto de las garantías y principios que rigen en el Derecho Penal y en el Administrativo-Sancionador, como la Ley General de Salud Pública¹²⁴⁵, en realidad, se han primado las sanciones a los incumplimientos procedentes del ámbito administrativo por medio de la Ley de Seguridad Ciudadana (L.O 4/2015, de 30 de marzo, en adelante LOSC) y el ámbito penal, por medio del delito de desobediencia (artículo 556 CP). Así vino a establecerlo el Ministerio de Interior a través de *la Orden INT/266/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, que en su artículo quinto dispone que la ciudadanía tiene el deber cívico de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, y en caso de no hacerlo establece que podrá recurrirse tanto a los delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, de resistencia y desobediencia (arts. 550 a 556 CP), como también al artículo 36.6 de la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, que considera como infracción grave la desobediencia o la resistencia a la autoridad

¹²⁴⁴ AMOEDO-SOUTO, C. A., «La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma. Del “Fast an Furious” al “Jurassic Park”», 2020. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2775-La-genealogia-autoritaria-del-regimen-sancionador-del-estado.aspx>

¹²⁴⁵ COLOMER BEA D., «Delito de desobediencia e incumplimiento de la prohibición de circular sin causa justificada durante el estado de alarma», en *Diario La Ley*, núm. 9629, 2020.

o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.

Como consecuencia de la aplicación de esta normativa, en España se han producido más de 1.005.187 de propuestas de sanción y más de 8.730 detenidos¹²⁴⁶, datos que han generado un cierto malestar entre los operadores jurídicos¹²⁴⁷, pero también

¹²⁴⁶Ministerio del Interior a 19/05/2020. Disponible en: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11901184

¹²⁴⁷ Es el caso de la Abogacía General del Estado que emitió la *Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionables por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma*, firmada por Consuelo Castro Rey (Disponible en: <http://covid19.femp.es/wp-content/uploads/2020/04/tipificacion-y-competencia-adm-para-tramitar-y-resolver-informe-de-la-abogacia-del-estado.pdf>), que explicó que «El artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015 tipifica una infracción administrativa derivada no de la mera contravención de una norma jurídica (conducta que, como se ha indicado, es reprobable y conlleva unas consecuencias jurídicas propias en Derecho), sino del desconocimiento del principio de autoridad, que entraña un reproche o desvalor adicional. Cuando quien actúa investido legalmente de la condición de autoridad no es obedecido por un particular, esa conducta merece un reproche adicional al que conlleva el previo incumplimiento de la normativa vigente. Por lo expuesto, la infracción de desobediencia precisa necesariamente de un requerimiento expreso e individualizado por parte del agente de la autoridad, que no resulte atendido por el destinatario de dicho requerimiento. Así las cosas, el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento». En un sentido similar, el auto del Juzgado de Instrucción número 2 de Pontevedra que decretó la puesta en libertad de un detenido por la supuesta comisión de un delito de desobediencia. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-juez-decreta-la-puesta-en-libertad-de-un-detenido-en-Pontevedra-por-incumplir-el-confinamiento->

entre la ciudadanía que ha sido testigo, principalmente a través de los medios de comunicación, de ciertas actuaciones policiales en la aplicación de las correspondientes sanciones y que generan, cuanto menos, algunas dudas o inseguridades jurídicas¹²⁴⁸, interpretaciones que, asimismo, propiciaron que el Ministerio de Interior realizase una *Comunicación a los Delegados del Gobierno sobre los procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la L.O. 4/2015, y criterios para la propuesta de sanción, de 14 de abril*.

Más allá de la discusión acerca del alcance constitucional del estado de alarma, la afectación colateral de derechos fundamentales y la diferencia con el estado de excepción¹²⁴⁹, la aplicación del régimen sancionatorio del incumplimiento de este estado de alarma bien por medio del tipo penal de desobediencia del artículo 556, bien como la infracción administrativa del artículo 36.6 de LOSC ha reabierto y hecho más necesarios distintos debates ético-normativos. Entre ellos si es adecuado sancionar el mero incumplimiento de la norma, así como los elementos que debe colmar la conducta en concreto para requerir la intervención del Estado desde una rama del ordenamiento jurídico o de otra, esto es, los límites entre la sanción administrativa y el castigo penal¹²⁵⁰ y que, también

¹²⁴⁸ Sería el supuesto, por ejemplo, de la sanción a un ciudadano que fue identificado en la vía pública y alegó la excepción de adquisición de alimentos, pero que, sin embargo, tras requerirle la Policía Local el tique de la compra (había comprado refrescos, chocolate y un paquete de salchichas) los agentes consideraron que su conducta era una burla a la norma de confinamiento y fue sancionado con una multa de 601 euros.

¹²⁴⁹ PRESNO LINERA, M. A., «Estado de alarma y derechos fundamentales», en BRITO SISO, C., y MAROTO CALATAYUD, M. (EDS.), *Guías sectoriales Covid-19. Sección de Derechos Humanos*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020. Disponible en: <https://web.icam.es/bucket/Guia%20DDHH.pdf>

¹²⁵⁰ COLOMER BEA D., «Delito de desobediencia...», *ob. cit.*; MAGRO SERVET, V., «El reproche penal a los actos de desobediencia a agentes de la autoridad en el período de Estado de Alarma por el Cornoavirus», en *Diario La Ley*, núm. 9604, 2020; DE LA MATA BARRANCO, N., «¿Delito de

respondería a la antigua discusión sobre la diferencia entre desobediencia grave y leve¹²⁵¹; sobre la determinación y concreción de la protección del bien jurídico «principio de autoridad»¹²⁵²; si la respuesta sancionatoria y punitiva en

desobediencia por incumplimiento reiterado de una norma administrativa?», en *Almacén de Derecho*, 9 de abril, 2020. Disponible en: <https://almacendederecho.org/delito-de-desobediencia-por-incumplimiento-reiterado-de-una-norma-administrativa/>; DOPICO-GÓMEZ-ALLER, J., «¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del Código Penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?», en BRITO SISO, C., y MAROTO CALATAYUD, M. (EDS.), *Guías sectoriales Covid-19. Sección de Derechos Humanos*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020. Disponible en: <https://web.icam.es/bucket/Guia%20DDHH.pdf>

¹²⁵¹ Explica JUANATEY DORADO que la diferencia, a la luz de lo establecido por la jurisprudencia del TS la diferencia y, por tanto, la relevancia penal de la desobediencia dependerá de la gravedad de los hechos valorada en atención a todas las circunstancias concretas del caso. En todo caso, la autora alude a diferentes manifestaciones del TS que ayudarían a observar tal diferencia (JUANATEY DORADO, C., «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, 2016). Entre ellos cita la STS 72/2002, de 21 de enero donde el tribunal establecía que «los criterios valorativos diversos que el buen sentido jurídico suministra, tales como la índole o contenido de la orden, el grado jerárquico del que dispone u ordena, la trascendencia del inatendimiento o pasividad del individuo, su actitud o modo de proceder, y, sobre todo (...) atendiendo a las circunstancias o accidentes de lugar, modo y tiempo e intencionalidad del agente». También se ha aludido a la «manifiesta y reiterada oposición al cumplimiento de la orden legítima emanada de la autoridad y los agentes, la grave actitud de rebeldía, la persistencia en la negativa... la contumaz y recalcitrante negativa a cumplir la orden» (STS 27/2013, de 21 de junio; y en la importancia del bien jurídico que se pretenda proteger mediante la norma de conducta (463/2015, de 14 de julio).

¹²⁵² CARRETERO SÁNCHEZ, A., «El delito de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad y sus agentes tras la reforma del Código Penal», en *La Ley*, núm. 7745, 2015; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y CARRASCO ANDRINO, M. M., «Orden público, principio de autoridad y función pública», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. ES. (COORS.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018.

términos de merecimiento es proporcional¹²⁵³; si la aplicación de la LOSC y las sanciones del artículo 36.6 y sus consecuencias pueden resultar incluso más gravosas que la aplicación del artículo 556 del CP¹²⁵⁴.

Todas estas discusiones parecen tener como punto de partida la reflexión ético-jurídica respecto a qué tipo de conducta debe sancionarse por vía administrativa o por vía penal (o con anterioridad a la reforma del CP de 2015 qué debía sancionarse como delito y como falta), encontrando detrás de su análisis la relación entre el desvalor de acción y el merecimiento de sanción acorde con dicho desvalor para deslindar una de otra. Al fin y al cabo, el legislador ha decidido que una conducta de desobediencia pueda sancionarse por dos vías cualitativamente distintas, ya que la intervención del Derecho penal implica la expresión punitiva más dura del ordenamiento jurídico y, la única justificación que puede permitir la injerencia del Derecho penal basado en el principio de intervención mínima debe ser que la conducta sobrepase una gravedad cualitativa y un merecimiento de sanción mucho mayor que la conducta que constituye una infracción administrativa. Es cierto que, tal y como apuntaba CUERDA ARNAU (2015) la reforma del Código Penal y de la LOSC de 2015 ha difuminado todavía más los límites de intervención penal¹²⁵⁵, pero si el legislador ha decidido sancionar el incumplimiento de las normas de conducta en que consiste el confinamiento por vía

¹²⁵³ ALONSO RIMO, A., «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP), en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 10, 2003.

¹²⁵⁴ DE LA FUENTE CARDONA, F. S., «Proporcionalidad penal: a propósito de la desobediencia leve y de la falta de respeto y consideración debida a la autoridad», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 37, 2018; GARCÍA RIVAS, N., «Delitos de atentado, resistencia y desobediencia», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

¹²⁵⁵ CUERDA ARNAU, M. L., «Atentados y resistencia (arts. 550 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

administrativa y también por vía penal es porque debe haber una diferencia en términos de gravedad y merecimiento entre una y otra que convierta en materialmente legítima la intervención de la rama del ordenamiento jurídico más dura por implicar la afectación de derechos fundamentales. Asimismo, si entendemos que el Derecho penal debe estar orientado a las consecuencias¹²⁵⁶, debemos asumir que la razón de su intervención ante este tipo de conductas debe responder a una necesidad preventiva acorde con esa mayor gravedad, una razón de política-criminal como una herramienta de racionalidad instrumental que ponga en relación el objetivo que se persigue y su efectiva consecución¹²⁵⁷. En consecuencia, si ésta es la razón de la intervención del Derecho penal debemos asumir también que la sanción penal de la desobediencia producirá un efecto disuasorio mayor que la infracción administrativa¹²⁵⁸, ya que, en caso contrario, no tendría justificación racional la llamada al Derecho penal. Estas consecuencias de la intervención penal se dan precisamente por asumidas en la dogmática penal. Así, ÁLVAREZ GARCÍA que entiende que la tipificación de las desobediencias en el Código Penal como normas de conducta están revestidas de legitimidad democrática, pues son adoptadas en el seno de la soberanía popular, el Parlamento, también entiende que esta legitimidad democrática está vinculada a la función de la prevención general negativa, es decir, a la necesidad de que el mensaje normativo como instrumento para la consecución del cumplimiento de las normas, sea lo suficientemente intimidatorio y poderoso para conseguir que las personas se abstengan de realizar determinadas conductas atentatorias contra el principio de autoridad¹²⁵⁹.

¹²⁵⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo...», *ob. cit.*

¹²⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad...*, *ob. cit.*; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación...*, *ob. cit.*

¹²⁵⁸ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

¹²⁵⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Las desobediencias en Derecho Penal», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013.

Se parte y se deposita toda confianza, pues, en la función disuasoria de la pena (o sanción administrativa) asociada a la norma de conducta como medio para conseguir un cumplimiento normativo que, hoy, se ha mostrado más necesario que nunca para la mitigación de los efectos individuales y sociales del virus.

El presupuesto que asume que la intervención penal tendrá efectos disuasorios y, en este caso, más efectos disuasorios que la infracción administrativa, es de naturaleza eminentemente empírica y, por tanto, contrastable. Si solo los comportamientos de los ciudadanos pueden prevenir la propagación del virus, y, en nuestro caso, comportamientos conforme a la norma de conducta establecida por el Estado, al menos hasta que la ciencia proporcione una vacuna que permita la inmunización a la mayoría de la población¹²⁶⁰, es imperativo analizar la interacción entre este mensaje normativo penal y la ciudadanía de forma empírica, no solo para comprobar si la amenaza del castigo penal previene o no previene, sino porque el análisis empírico de esta interacción puede aportar información relevante para la justificación o no de la intervención del Derecho penal. En este sentido, coincido con ÁLVAREZ GARCÍA en que el establecimiento en estas circunstancias de esta norma de conducta podría gozar de legitimidad democrática, y también la sanción a su infracción¹²⁶¹. Sin embargo, más allá de la legitimidad democrática, cabe cuestionar previamente si el mensaje normativo basado en la intimidación, en la prevención general negativa y, por tanto, en la severidad y certeza del castigo es lo que realmente está detrás del cumplimiento del confinamiento o si, por el contrario, el legislador y la doctrina penal tienen una

¹²⁶⁰ Tal y como dijo la coordinadora de respuesta frente al coronavirus de Estados Unidos, Deborah Birx, "*There's no magic bullet. There's no magic vaccine or therapy. It's just behaviors*". Recuperado de: <https://www.hindustantimes.com/world-news/there-s-no-magic-bullet-covid-19-will-kill-100-000-to-240-000-americans-say-white-house-experts/story-W32WupPsf7kXytSR4ZzmWJ.html>

¹²⁶¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Las desobediencias...», *ob. cit.*

confianza exagerada en dicho mensaje normativo como medio de prevenir el incumplimiento, tal y como se ha venido evidenciando por medio de los estudios empíricos sobre el cumplimiento de las normas en distintos ámbitos normativos¹²⁶². Y, precisamente porque solo la conducta acorde con la norma es nuestra «bala de plata» o «fórmula mágica» contra el virus, adquiere sentido la investigación empírica sobre los factores asociados al cumplimiento de las normas. ¿Cómo vamos a depender, pues, de una estrategia normativa si no se mide empíricamente su eficacia? Pero también adquiere sentido propio a la luz del debate sobre la necesidad de ligar las reflexiones ético-normativas con los presupuestos empíricos que asumen o que se dan por sentados, como medio racional de justificación de la intervención del Estado en la libertad¹²⁶³. ¿Cómo puede, si no, justificarse la expresión punitiva del Estado en este contexto tan característico cuando carecemos de toda certeza de que realmente ese punitivismo tiene el efecto que predica? En este sentido, necesitamos acercarnos a la realidad y examinar los efectos reales del mensaje penal para no caer en una suerte de «paradoja básica de la dogmática penal» definida por GARCÍA AMADO como la pérdida de «congruencia práctica, congruencia externa (si así se puede decir), congruencia entre fines y medios» al fundamentar la pena en la prevención «ya que se desentiende grandemente del análisis de los efectos individuales y sociales de las sanciones»¹²⁶⁴.

Este es, por tanto, el objetivo general del presente trabajo de investigación: analizar, por un lado, la eficacia preventiva del modelo de la disuasión que se encuentra detrás de la sanción penal del incumplimiento del confinamiento, esto es, cómo

¹²⁶² MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of speech...», *ob. cit.*

¹²⁶³ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra...», en *ob. cit.*; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Las justificación...*, *ob. cit.*, Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad...*, *ob. cit.*

¹²⁶⁴ GARCÍA AMADO, J. A., «Derecho penal y análisis...», *ob. cit.*, p. 20.

influye o en qué medida motiva al cumplimiento el mensaje normativo intimidatorio; y, en segundo lugar, analizar la influencia de otros factores psicosociales y contextuales que podrían explicar qué es lo que influye en la decisión de infringir o no la norma y que, por tanto, se relacionan con el mensaje normativo. Para ello se tendrán en cuenta los principales enfoques que la literatura científico-social del cumplimiento normativo ha identificado como relevantes: tales como el enfoque de la influencia social y la legitimidad sustantiva y procedimental. Por último, también se tendrán en cuenta factores contextuales o ambientales que puedan estar afectando al cumplimiento del confinamiento, dada la excepcionalidad de la norma de conducta y las características ligadas a su cumplimiento.

2. JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE DEL ESTUDIO: LOS FACTORES ASOCIADOS AL CUMPLIMIENTO NORMATIVO

El porqué se cumplen las normas o cuáles son los factores asociados a dicho cumplimiento ha sido una pregunta de investigación presente en la literatura científica de la Criminología, la Psicología Social, la Sociología y también del Derecho Penal durante décadas. Precisamente este último, entendido como un Derecho Penal orientado a las consecuencias, pretende en última instancia prevenir el incumplimiento o la realización de conductas socialmente disvaliosas, y es en este sentido que adquiere fuerza justificativa el modelo en el que se basa la intervención punitiva que consiste en la disuasión. Sin embargo, tal y como se analizará a continuación, la investigación empírica ha venido arrojando serias dudas sobre la eficacia de este modelo para la prevención de delitos, subrayando el alcance limitado de esta teoría. Es por ello por lo que la literatura ha tratado de abordar otros enfoques y variables que podrían estar relacionados y explicar qué factores se encuentran detrás de la decisión de incumplir con las

normas penales, no solamente porque el conocimiento de éstos tenga un valor en sí mismo desde una perspectiva fenomenológica, sino porque tal conocimiento puede ser valioso para la toma de decisiones normativas informadas empíricamente. Entre dichos enfoques se encuentra el de la influencia social y el de la legitimidad tanto en un sentido sustantivo como procedimental, y que se detallan en los siguientes subepígrafos y se pondrán en relación con la literatura disponible sobre el cumplimiento del confinamiento y las medidas de distanciamiento social.

2.1. EL ENFOQUE DE LA DISUASIÓN

Uno de los enfoques quizá más estudiados en el ámbito del cumplimiento normativo sea el enfoque de la disuasión (*General Theory Deterrence* o Prevención General Negativa)¹²⁶⁵ y que tiene como objetivo analizar si la hipótesis que parece estar detrás de la criminalización de conductas en el ámbito penal tiene alguna eficacia en la motivación de las personas a cumplir. La hipótesis de la que se parte es muy sencilla a la vez que intuitiva¹²⁶⁶, y asimilada especialmente en Derecho Penal: las personas cumplirán con la norma dependiendo de cómo sea el mal con el que se amenaza, es decir, de las características del castigo. Y, éstas, son en su formulación clásica la severidad propia del castigo, la certeza o probabilidad de su imposición y la prontitud con la que el mismo se impone¹²⁶⁷. Estas tres características han sido analizadas detalladamente por la literatura científica llegando a varias conclusiones al respecto. En primer lugar, que estas características tienen un doble nivel: un nivel objetivo, referido a la severidad, certeza y prontitud real del castigo; y, un nivel subjetivo como la severidad, la certeza y la prontitud

¹²⁶⁵ BECKER, G., «An Economic...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; CARDENAL MONTRAVETA, S., «¿Eficacia preventiva...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

¹²⁶⁶ ALVIRA MARTÍN, F., «El efecto disuador...», *ob. cit.*

¹²⁶⁷ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos...*, *ob. cit.*; BENTHAM, J., *An Introduction...*, *ob. cit.*

percibida por el sujeto que debe verse influenciado por las mismas¹²⁶⁸; siendo precisamente la certeza y severidad de este segundo nivel, el percibido, el que tiene capacidad de influir en el comportamiento¹²⁶⁹. En segundo lugar, que la certeza y severidad percibidas, principales características estudiadas, no tienen una especial influencia para motivar al cumplimiento o para explicar la comisión de delitos. Así, en el metaanálisis realizado por Pratt y colaboradores sobre el estado de la teoría de la disuasión se concluye que el tamaño del efecto medio entre el crimen y las variables de esta teoría son modestas e insignificantes, lo que sugiere que esta teoría tiene importantes limitaciones para explicar las conductas delictivas¹²⁷⁰. Más concretamente y aplicando esta teoría en ámbitos normativos concretos se ha comprobado que este enfoque tiene poca relevancia en los modelos de cumplimiento o de prevención de conductas infractoras (por ejemplo, en el ámbito de la propiedad intelectual¹²⁷¹, o de la emisión de mensajes en redes sociales¹²⁷²; en el de la seguridad vial¹²⁷³; o que, incluso puedan tener un efecto contrario a la hipótesis de partida¹²⁷⁴, donde los autores encuentran que respecto de la conducta de exceder los límites de la velocidad la severidad percibida estaba relacionada con un mayor incumplimiento). En tercer lugar, los anteriores hallazgos deben ser matizados en caso de que pueda entenderse que

¹²⁶⁸ Paternoster, R., «How Much...», *ob. cit.*; Paternoster, R., «Perceptual deterrence...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; APEL, R., «Sanctions, perceptions...», *ob. cit.*

¹²⁶⁹ PATERNOSTER, R., «Perceptual deterrence...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

¹²⁷⁰ PRATT, T. C., *et al.*, «The empirical status...», *ob. cit.*

¹²⁷¹ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*; PÉREZ-DOMÍNGUEZ, S., CASTRO-TOLEDO, F. J., y MIRÓ LLINARES, F., «Prevalencia, factores...», *ob. cit.*; DECAMP., W., «Internet Scallywags...», *ob. cit.*; RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión...», *ob. cit.*; BOSSLER, A., «Perceived formal and informal...», *ob. cit.*

¹²⁷² MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*; BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un cyberhater...», *ob. cit.*

¹²⁷³ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

¹²⁷⁴ *Ibid.*

ninguna de las variables de la disuasión funciona para motivar el cumplimiento. Esto no es del todo así. Lo que la literatura indica es que en muchas ocasiones la severidad no despliega su eficacia a menos que haya un nivel de certeza suficientemente alto, es decir, a partir de ciertos niveles de certeza percibida la severidad puede jugar un papel en la disuasión¹²⁷⁵.

En el ámbito del cumplimiento de las normas de confinamiento y distanciamiento social, este enfoque también ha sido puesto a prueba. Así, por ejemplo, ROOIJ, *et al.*, además de otros enfoques, emplean el enfoque de la disuasión con el objetivo de observar qué impacto tiene el mismo en que las personas decidan cumplir con las normas del confinamiento y distanciamiento social en una muestra de estadounidenses. De conformidad con sus resultados, no encontraron una relación entre las variables de la disuasión (severidad y certeza percibidas) con el cumplimiento de las normas de confinamiento y distanciamiento social¹²⁷⁶. Tampoco lo encontraron KOOISTRA, *et al.* en una muestra representativa de Reino Unido¹²⁷⁷; ni tampoco lo encontraron KUIPER, *et al.* en una muestra procedente de Países Bajos¹²⁷⁸. Los tres estudios hipotetizan que la ineficacia de este modelo viene dada por la baja certeza percibida de la sanción de sus participantes, de tal modo que parece que los autores de estos estudios entienden que, si el nivel de certeza percibida de la sanción fuera superior al que es en realidad, la disuasión podría tener alguna influencia sobre el comportamiento. Estos estudios, como vemos, se centran en la

¹²⁷⁵ NAGIN, D. S., «Deterrence in the...», *ob. cit.*; DUSEK, L., y TRAXLER, C., «Learning from Law Enforcement», en *CESifo Working Paper*, núm. 8043, 2020; PATERNOSTER, R., «Perceptual deterrence...», *ob. cit.*

¹²⁷⁶ [VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation...», *ob. cit.*](#)

¹²⁷⁷ KOOISTRA, E. B., FOLMER, C. R., KUIPER, M. E., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «Mitigating COVID-19 in a Nationally...», *ob. cit.*

¹²⁷⁸ KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown...», *ob. cit.*

medición del miedo a la sanción operativizado por medio de la severidad y certeza percibidas de la misma.

Ahora bien, otros estudios han hipotetizado que quizás sea otro miedo informal el que disuada a las personas de cumplir con las normas de distanciamiento social, es decir, la disuasión emocional. Es el caso del estudio de GRAHAM, CULLEN, PICKETT, JONSON y HANER. Así, señalan los autores que *«rational choice/deterrence theory highlights the salience of perceived costs. In the current context, compliance with social distancing norms should be greater among those who perceive a higher certainty of death and who are afraid of being infected»*¹²⁷⁹. En este sentido, en la operativización de estas variables señalaron que *«because growing evidence that risk perceptions and deterrent emotions both influence criminal decision-making, we measured both. Perceived certainty is an indicator of respondents' perceived probability of death if they become infected with coronavirus [...] Personal fear is a mean index based on six items that asked how respondents were worried about various aspects of virus»*¹²⁸⁰, incluyendo entre sus medidas el miedo personal al virus así como el miedo altruista entendido como la posibilidad de contagiar a terceros. De acuerdo con estas medidas, los autores encontraron que el miedo personal a las consecuencias del coronavirus estaba relacionado significativamente con las intenciones de cumplir con las recomendaciones de distanciamiento social, en el sentido de que, al margen de la certeza y severidad de las sanciones, aquellos participantes que tenían más miedo al contagio estaban más dispuestos a seguir las recomendaciones. Asimismo, HARPER, SACHELL, FIDO y LATZMAN encuentran que entre sus variables medidas (riesgo percibido de contraer el virus; miedo al virus; valores morales, orientación política y cambio en el comportamiento frente al coronavirus), el único predictor de

¹²⁷⁹ GRAHAM, A., CULLEN, F. T., PICKETT, J. T., JONSON, C. L., HANER, M., y SLOAN, M. M., «Faith in Trump, Moral Foundations and Social Distancing Defiance During the Coronavirus Pandemic», 2020, p. 2. Preprint disponible en: <https://osf.io/preprints/socarxiv/fudzq>

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 14.

cambios de conductas positivos como el distanciamiento social o las medidas de higiene, era el miedo de los participantes al virus¹²⁸¹. Por su parte, PLOHL y MUSIL encontraron que la percepción del riesgo que supone para los participantes el virus era un predictor del cumplimiento de las medidas o pautas recomendadas para prevenir el contagio¹²⁸².

2.2. EL ENFOQUE DE LA INFLUENCIA SOCIAL

Tal y como exponían PRATT *et al.* en su metaanálisis, debido al modesto o insignificante efecto de las variables de la disuasión en el comportamiento delictivo, debe haber otras causas o factores detrás del (in)cumplimiento¹²⁸³. En este sentido, KAHAN entendió que la decisión de cometer delitos no solamente está basada en la decisión racional e individual de evaluar los costes y los beneficios derivados de la infracción, sino que hay otras variables de carácter social que inciden en el cumplimiento¹²⁸⁴. Concretamente, afirmaba el autor que

Individuals don't decide to commit crimes in isolation; rather, their decisions interact with and reinforce each other in various ways. In particular, individuals are much more likely to commit crimes when they perceive that criminal activity is widespread. In that circumstance, they are likely to infer that the risk of being caught for a crime is low. They might also conclude that relatively little stigma or reputational cost attaches to being a criminal; indeed, if

¹²⁸¹ HARPER, C. A., SATCHELL, L. P., FIDO, D., y LATZMAN, R. D., «Functional Fear Predicts Public Health Compliance in the COVID-19 Pandemic, en *International Journal of Mental Health and Addiction*, 2020. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11469-020-00281-5.pdf>

¹²⁸² PLOHL, N., y MUSIL, B., «Modeling compliance with COVID-19 prevention guidelines: The critical role of trust in science, 2020. Preprint disponible en: <https://psyarxiv.com/6a2cx/>

¹²⁸³ PRATT, T. C., *et al.*, «The empirical status...», *ob. cit.*

¹²⁸⁴ KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*

*criminal behavior is common among their peers, they may even view such activity as status enhancing*¹²⁸⁵.

Dicho de otro modo, la infracción o el incumplimiento de las normas puede depender más que de las variables de la disuasión (especialmente cuando no pueden garantizarse ciertos niveles aceptables de certeza), de la influencia social, es decir, de normas sociales que ofrecen, por un lado, la información al sujeto sobre qué es lo que hacen los demás y, por tanto, información sobre la conducta que es tolerable -norma descriptiva- y, por otro, de la percepción del juicio moral que emite la sociedad hacia el sujeto -norma prescriptiva-, que en caso de ser negativo puede tener consecuencias adversas para el sujeto que decida incumplir (ej. la estigmatización)¹²⁸⁶. Tal y como sostiene ROBINSON, «las personas sienten el vigor de una norma social como una fuerza externa que incide sobre ellos», y en consecuencia «las sanciones que se temen por la trasgresión de normas sociales generalmente se experimentan como provenientes de la comunidad y no dependen de la posibilidad de ser detenido y condenado»¹²⁸⁷. De conformidad con estas premisas teóricas, la evidencia empírica procedente especialmente de la Psicología Social que ha tratado de analizar en qué medida las normas sociales, es decir, la influencia social, se relaciona con la conducta normativa evidencian una importante relación¹²⁸⁸. Pero esta cuestión no solamente ha sido

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 350.

¹²⁸⁶ CIALDINI, R. B., KALLGREN, C. A., Y RENO, R. R., «A Focus Theory...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*, p. 14. Estos últimos autores plantean una definición especialmente clarificadora de normas sociales definiéndolas como: «reglas y estándares compartidos por un grupo que sirven para guiar y/o restringir el comportamiento social de sus miembros, que surgen de la interacción social, que pueden estar más o menos explicitadas y cuya transgresión se penaliza con sanciones informales que aplica la sociedad, no el sistema legal»

¹²⁸⁷ ROBINSON, P. H., *Principios...*, p. 198.

¹²⁸⁸ CIALDINI, R. B., DEMAINE, L. J., SAGARIN, B. J., BARRETT, D. W., RHOADS, K., y WINTER, P. L., «Managing social norms for persuasive impact», en *Social Influence*, vol. 1, núm. 1, 2006; CIALDINI, R. B., y GOLDSTEIN, N. J.,

abordada por la Psicología Social, sino también por la Criminología. De hecho, teorías criminológicas como la del Aprendizaje social y la de la Asociación diferencial ponen el acento en la influencia de las relaciones del sujeto con otras personas en la comisión de conductas antisociales¹²⁸⁹.

En relación con el cumplimiento de las medidas de confinamiento y distanciamiento social, los estudios disponibles vienen a poner de relieve esta relación entre el cumplimiento y las normas sociales. En el estudio de ROOIJ *et al.* en el que miden específicamente la norma descriptiva encuentran una fuerte relación con el cumplimiento, y sobre ello entienden que los estadounidenses cumplirán más si ven que los demás también cumplen con el distanciamiento social¹²⁹⁰. Resultados convergentes encuentran KUIPER *et al.* sobre la muestra de Países Bajos y explican que, a su juicio, el Gobierno holandés ha sido inteligente al enfatizar las normas sociales y comunicar en las sucesivas ruedas de prensa que la mayoría de la gente está cumpliendo con las medidas, proporcionando así la información a la ciudadanía de que la conducta a seguir es, precisamente, respetar las normas de confinamiento¹²⁹¹. Así mismo, BOGG y MILAD, en una muestra de 500 residentes en Estados Unidos mostraron que los sujetos que percibían que los demás apoyaban y animaban a seguir las guías de comportamiento

«Social influence: compliance and conformity», en *Annual Review of Psychology*, vol. 55, 2004; GOLDSTEIN, N. J., CIALDINI, R. B., y GRISKEVICIUS, V., «A room with a viewpoint: using social norms to motivate environmental conservation in hotels», en *Journal of Consumer Research*, vol. 35, 2008; Miró LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GAYMARD, S., «Norms in social...», *ob. cit.*; entre muchos otros.

¹²⁸⁹ REDONDO ILLESCAS, S., y GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios de Criminología* (4ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹²⁹⁰ [VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation...», *ob. cit.*](#)

¹²⁹¹ KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown...», *ob. cit.*

frente al virus tenían más posibilidades de seguir dichas pautas¹²⁹². No obstante, KOISTRA *et al.* no encuentran una relación entre la norma descriptiva y el cumplimiento de las medidas entre los residentes en Reino Unido¹²⁹³. Por su parte, NIVETTE, RIBEAU, MURRAY, STEINHOFF, BECHTIGER, HEPP, SHANAHAN y EISNER, midieron en su estudio sobre el incumplimiento de las medidas de salud pública entre jóvenes adultos si los participantes tenían amigos que realizaban conductas antisociales (*Deviant peers and antisocial behavior*) y una relación significativa entre tenerlos y el incumplimiento¹²⁹⁴.

2.3. EL ENFOQUE DE LA LEGITIMIDAD SUSTANTIVA Y PROCEDIMENTAL

Hasta aquí se ha puesto de relieve que la evidencia sugiere que la disuasión tiene un alcance limitado en la prevención de incumplimientos, asimismo que, en la medida en que somos seres sociales también tomamos decisiones en relación con los demás, concretamente, teniendo en cuenta qué es lo que los demás hacen y cómo nos juzgan por hacer lo que hacemos en el ámbito de las normas sociales. Sin embargo, la literatura también ha puesto de manifiesto que el cumplimiento de una norma puede depender de algo más, en concreto del propio sistema de valores del individuo ligado a la idea de legitimidad sustantiva¹²⁹⁵. En este sentido, los estudios en determinados

¹²⁹² BOGG, T., y MILAD, E., «Slowing the Spread of COVID-19: Demographic, Personality, and Social Cognition Predictors of Guideline Adherence in a Representative US Sample, 2020. Preprint disponible en: [10.31234/osf.io/yc2gq](https://osf.io/yc2gq)

¹²⁹³ KOISTRA, E. B., FOLMER, C. R., KUIPER, M. E., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «Mitigating COVID-19 in a Nationally...», *ob. cit.*

¹²⁹⁴ NIVETTE, A., RIBEAU, D., MURRAY, A., STEINHOFF, A., BECHTIGER, L., HEPP, U., SHANAHAN, L., y EISNER, M., «Non-compliance with COVID-19 related public health measures among young adult: Insights from a longitudinal cohort study», 2020. Preprint disponible en: <https://osf.io/preprints/socarxiv/8edbj/>

¹²⁹⁵ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

ámbitos normativos, por ejemplo, en la descarga ilegal de contenido muestra que no solo la influencia social tiene un peso importante, sino también el propio juicio moral del sujeto con respecto de la conducta infractora¹²⁹⁶, esto es, en última instancia, la creencia de si la conducta está bien o está mal, si es justa o injusta, de tal modo que si el individuo no cree que está haciendo algo malo o injusto, es decir, carece de los frenos morales para su realización tendrá más probabilidades de llevarla a cabo. En ámbitos normativos como éste donde la certeza de la sanción es prácticamente nula y donde mucha gente lo hace, puede entrar en juego el propio juicio moral. En palabras de SHULTZ, la conducta infractora es tan fácil de cometer y tan difícil de detectar en la mayoría de las ocasiones que solo los escrúpulos de la persona podrán prevenir el incumplimiento¹²⁹⁷.

En atención a lo anterior, la legitimidad sustantiva estaría integrada por el juicio moral que le merece a la persona en concreto la conducta y partiría de la hipótesis de que cuánto peor juzgue moralmente el sujeto una conducta menos la cometerá¹²⁹⁸. Por otro lado, también se ha indicado por parte de la literatura que la identificación de las intuiciones de justicia de la ciudadanía lega con las propias normas influye también en que las personas cumplan con las normas en la medida en que, si dicha identificación se da, el modelo social de conducta legítimo queda reforzado, reforzando también así el cumplimiento de las personas como sujetos sociales¹²⁹⁹. En este sentido, los estudios de cumplimiento normativo muestran una

¹²⁹⁶ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*

¹²⁹⁷ SCHULTZ, M. F., «Copynorms...», *ob. cit.*

¹²⁹⁸ TYLER, T. R., «Compliance with...», *ob. cit.*; TYLER, T. R., *Why People...*, *ob. cit.*

¹²⁹⁹ ROBINSON, P. H., GOODWIN, G. P., y REISIG, M. D., «The disutility of injustice», en *NYUL Rev.*, vol. 85, 2010; ROBINSON, P. H., *Principios...*, *ob. cit.*; ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*; GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «Do or do not...», *ob. cit.*

relación entre la legitimidad sustantiva o alineación moral con la norma y su cumplimiento. En relación con el cumplimiento de las medidas de confinamiento y distanciamiento social, van ROOIJ *et al.* midieron la relación de alineamiento moral con la norma y encontraron que esta variable estaba relacionada con el cumplimiento y era predictor del mismo¹³⁰⁰.

Pero la legitimidad a efectos de cumplimiento normativo no solo está compuesta por el propio sistema de valores y juicios morales de las personas, sino también con la relación e interacción de las personas con el propio sistema de justicia y sus autoridades, esto es, la legitimidad en un sentido procedimental. Quizás, el mayor exponente del estudio de la legitimidad procedimental sea TYLER que, con su célebre obra *Why people obey the law*, consagró la idea de que el cumplimiento de las normas depende de la legitimidad percibida de la ciudadanía sobre el sistema de justicia, sobre la legitimidad de la propia norma y de la aplicación que de ella hacen las autoridades legales, especialmente, los cuerpos y fuerzas de seguridad y que tiene como consecuencia que la ciudadanía desarrolle actitudes de obediencia porque creen que merecen ser obedecidas. Dicho de otro modo, la forma de socialización con el propio sistema legal es una variable que puede también afectar al cumplimiento normativo¹³⁰¹. Tal y como exponen TRINKNER y TYLER el proceso de socialización legal puede darse por medio de dos modelos diferentes: el primero, el coercitivo, que centra su atención en el castigo y el poder coercitivo de las autoridades que lo aplican y en una relación basada en la dominación; el segundo, el consensual que trata de fomentar la adquisición de valores positivos y de respeto en el trato, toma de decisiones justas, y el reconocimiento de los límites de la

¹³⁰⁰ [VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLIE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation...», *ob. cit.*](#)

¹³⁰¹ TYLER, T. R., *Why people..., ob. cit.*

autoridad¹³⁰². El primero que es el basado en la estrategia de la disuasión antes analizada ha sido especialmente criticado por TYLER y otros¹³⁰³ porque implica una relación agresiva que erosiona las relaciones comunitarias y el proceso de socialización legal¹³⁰⁴. El segundo, en cambio, tiene capacidad para promover confianza y legitimidad en el sistema y sus autoridades y que dotan al sistema de credibilidad y generan en la sociedad la actitud de obediencia a la ley y a las autoridades¹³⁰⁵, encontrándose evidencia empírica de esta relación¹³⁰⁶.

Esta es, además, una de las variables tenidas en cuenta en los estudios de cumplimiento de las normas de conducta de confinamiento y distanciamiento social. NIVETTE *et al.*, analizaron la relación entre el cumplimiento y las actitudes hacia las autoridades como la legitimidad de la policía y la confianza en el Gobierno, y encontraron que las actitudes negativas hacia estas autoridades estaban asociadas con un incremento del incumplimiento de las medidas de distancia social, aunque no

¹³⁰² TRINKER, R., y TYLER, T. R., «Legal socialization: Coercion versus consent in an era of mistrust», en *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 13, 2016.

¹³⁰³ TYLER, T. R., «Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law», en *Crime and Justice*, vol. 30, 2003; TRINKER, R., y TYLER, T. R., «LEGAL socialization...», *ob. cit.*; FAGAN, J., y TYLER, T. R., «Legal socialization of children and adolescents», en *Soc. Justice. Res.*, vol. 18, núm. 3, 2005.

¹³⁰⁴ MIRÓ LLINARES, F., y CASTRO-TOLEDO, F., «La legitimidad de...», *ob. cit.*

¹³⁰⁵ CASTRO-TOLEDO, F. J., «Obediencia a la ley y apoyo al sistema de justicia penal en colectivos vulnerables: semejanzas y diferencias con la población general», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019; JACKSON, J., POSCH, K., BRANDFORD, B., HOBSON, Z., y KYPRIANIDES, A., «The lockdown and social norms: why the UK is complying by consent rather than compulsion», en *British Policy and Politics*, Blog Entry, 27 abril, 2020.

¹³⁰⁶ MIRÓ LLINARES, F., y CASTRO-TOLEDO, F., «La legitimidad de...», *ob. cit.*; TYLER, T. R., «Procedural justice and policing: A rush to judgment?», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 13, 2017; NAGIN, D. S., y TELEP, C. W., «Procedural justice and legal compliance», en *Annual Review of Law and Social Sciences*, vol. 13, 2017.

de las medidas de higiene¹³⁰⁷. VAN ROOIJ *et al.* encontraron que la obediencia a las normas y autoridades basadas en el miedo a éstas últimas produce un efecto inverso, esto es, cuanto más miedo tienen los participantes a las autoridades que hacen cumplir las medidas, más se desobedecen¹³⁰⁸.

2.4. OTROS FACTORES: LOS FACTORES AMBIENTALES O CONTEXTUALES DEL CUMPLIMIENTO DEL CONFINAMIENTO COMO PARTICULARIDAD

Que la norma que prescribe el confinamiento es una de carácter excepcional y muy particular no cabe ninguna duda. Su carácter excepcional deviene porque la regla general es la libertad que, sin embargo, la totalidad de la ciudadanía ha visto limitada seriamente pese a que las razones de tales restricciones estén justificadas en atención a la situación tan excepcional que hemos y seguimos viviendo como consecuencia de la pandemia. Sin embargo, también se ha puesto de manifiesto que no todas las personas tienen el mismo nivel de dificultad de soportar el confinamiento en atención a sus circunstancias particulares. De hecho, en diversos debates públicos se ha puesto de relieve que el confinamiento también ha mostrado desigualdades¹³⁰⁹. Supuestamente, no es lo mismo cumplir el confinamiento en un piso de 50 metros cuadrados que en un chalet de 200; que ni siquiera es lo mismo entre un piso de 50 metros cuadrados con balcón que sin él; que tampoco debe ser lo mismo un

¹³⁰⁷ NIVETTE, A., RIBEAUD, D., MURRAY, A., STEINHOFF, A., BECHTIGER, L., HEPP, U., SHANAHAN, L., y EISNER, M., «Non-compliance...», *ob. cit.*

¹³⁰⁸ [VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19...», *ob. cit.*](#)

¹³⁰⁹ Así se hizo eco El Confidencial (<https://www.lavanguardia.com/participacion/cartas/20200319/47424676-6996/testimonios-experiencia-confinamiento-coronavirus-covid-19-minipiso.html>); Público (<https://www.publico.es/sociedad/confinamiento-viviendas-pequenas-cinco-personas-35-metros-cuadrados-cinco-semanas-confinamiento.html>); 20 minutos (<https://www.20minutos.es/noticia/4239855/0/pasar-confinamiento-metros-cuadrados-invivable/>), entre muchos otros.

confinamiento en un piso de 50 metros cuadrados con hijos menores a cargo que sin ellos. En este sentido, es necesario tener en cuenta los factores ambientales y contextuales del cumplimiento con el objetivo de observar si tienen alguna incidencia. Del mismo modo, algunas características de los sujetos también se han mostrado en la literatura como factores que influyen en el cumplimiento. Es el caso, por ejemplo, de la ideología política donde podemos encontrar algunos resultados mixtos. Así, por ejemplo, mientras que VAN ROOIJ *et al.* no encontraron una relación entre la ideología política y el incumplimiento¹³¹⁰, sí lo encontraron KUSHNER, GADARINA, GOODMAN, y PEPINSKY en el sentido de que los republicanos tenían menos probabilidades de llevar a cabo conductas recomendadas contra el coronavirus que los demócratas, así como que les preocupaba menos la pandemia y apoyaban más las políticas de restricción del comercio y de las fronteras¹³¹¹. Asimismo, BROUARD, VASILOPOULOS y BECHER hallaron que la ideología extremista está asociada con una reducción del apoyo a las recomendaciones de salud pública¹³¹².

2.5. RECAPITULACIÓN

En los apartados anteriores se ha tratado de analizar los distintos enfoques de cumplimiento que la literatura empírica ha relacionado con el mensaje normativo penal y su cumplimiento. En este sentido, se ha puesto en duda la hipótesis de la disuasión; se ha puesto en valor la relación de los factores

¹³¹⁰ [VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A. «Compliance with COVID-19...», *ob. cit.*](#)

¹³¹¹ KUSHNER GADARIAN, S. S., GOODMAN, W., y PEPINSKY, T. B., «Partisanship, health behavior, and policy attitudes in the early states of the COVID-19 pandemic, 2020. Preprint disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562796

¹³¹² BROUARD, S., VASILOPOULOS, P., y BECHER, M., «Sociodemographic and psychological correlates of compliance with the Covid-19 public health measures in France», en *Canadian Journal of Political Science*, vol. 53, núm. 2, 2020.

sociales con la decisión de realizar una conducta y, también, del papel del sistema de valores del individuo con respecto a sus propios juicios morales y a sus creencias sobre el sistema de justicia y sus autoridades derivadas de la legitimidad procedimental. Sin embargo, también es cierto que la literatura disponible sobre la eficacia de cada modelo se ha analizado en contextos normativos y sociales tremendamente diferentes al actual, y requieren ser evaluados frente al cumplimiento del confinamiento por distintas razones. En primer lugar, no tenemos información en nuestro país sobre los efectos disuasorios del mensaje normativo penal en el contexto del estado de alarma, y si el alcance explicativo de la disuasión podría haber aumentado como consecuencia de los cambios en las variables, esencialmente, de la certeza percibida. Así, numerosos medios de comunicación se han hecho eco de un aumento de la vigilancia policial en las calles para evitar el incumplimiento¹³¹³, lo cual unido a las sanciones administrativas y penales especialmente severas (bien en términos cuantitativos como los elevados importes de las sanciones administrativas, bien cualitativos con la intervención de la rama del ordenamiento jurídico más dura como es la del Derecho penal), puede haber desplegado un efecto motivador. Por otro lado, dado que la certeza de la imposición de la sanción puede haber aumentado, tendremos que determinar también si ante estos niveles de certeza la severidad despliega un efecto disuasorio. En este sentido, resulta necesario evaluar si la sanción de la infracción administrativa es suficientemente eficaz por sí misma para disuadir el incumplimiento del confinamiento o si, por el contrario, ante la falta de capacidad motivadora el aumento de la severidad en que consiste la intervención del Derecho penal por medio del delito de desobediencia previene

1313

Como

ejemplos,

véase:

<https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20200406/policia-nacional-aumenta-vigilancia-noches-7918680>;
<https://www.leonoticias.com/ponferrada/ponferrada-refuerza-vigilancia-20200512112118-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>;
<https://www.lavanguardia.com/vida/20200407/48378997026/la-policia-aumenta-la-vigilancia-al-detectar-relajacion-en-el-confinamiento.html>;

el incumplimiento allá donde la infracción administrativa no puede. Además, la excepcionalidad de la situación permite salvar la posible crítica que podrían argüir autores como ROBINSON acerca de que la norma que no es conocida por la ciudadanía no puede disuadir¹³¹⁴. En este sentido, no es descabellado pensar que cada uno de los ciudadanos ha conocido la obligación de permanecer confinado y las sanciones asociadas a su incumplimiento, especialmente teniendo en cuenta que los medios de comunicación han informado sobre ello de manera constante. En todo caso, podemos apelar a que esto es así si tenemos en cuenta algunos indicios o datos indirectos como podrían ser las tendencias de búsquedas en Google del término o expresión «multas estado de alarma», y que como se puede observar en el Gráfico 1 adquirió su mayor volumen de búsqueda después de decretar el estado de alarma.

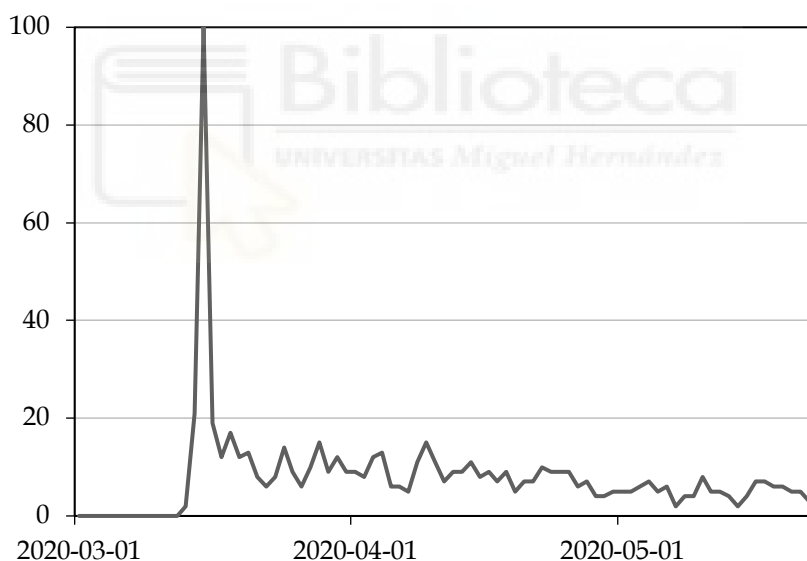


Gráfico 1. Gráfico del volumen búsquedas en Google sobre el concepto «multas estado de alarma» en los últimos 90 días. Elaboración propia. Fuente: Google Trends

¹³¹⁴ ROBINSON, P. H., *Principios...*, ob. cit.

Por otro lado, podemos hipotetizar que la influencia social ha influido de algún modo en el cumplimiento de la medida, especialmente la que han ejercido los vecinos llamados «policía de balcón»¹³¹⁵ que recriminaban conductas supuestamente incumplidoras del confinamiento a viandantes, y, asimismo, ligado a la idea de que no es adecuado infringir la única medida capaz de contener el virus, el sistema de valores que indica que esa infracción está moralmente mal. Asimismo, tampoco sería extraño pensar en una posible influencia del trato de la policía y de cómo de justas se han percibido las intervenciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Especialmente teniendo en cuenta, por un lado, el importante número de propuestas de sanción y de detenciones realizadas, y, por otro, la calidad de las propias intervenciones¹³¹⁶.

En este sentido, el contexto del confinamiento constituye una oportunidad para, por un lado, analizar la influencia del mensaje normativo en el cumplimiento de las medidas del estado de alarma, y, por otro, evaluar si las características especiales del contexto normativo hacen variar los resultados que la literatura empírica ha venido consolidando sobre cada uno de los enfoques.

3. ESTUDIO EMPÍRICO

3.1. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

El objetivo general del presente estudio es analizar los factores psicosociales y contextuales asociados al incumplimiento de la

¹³¹⁵

Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20200502/48894083154/policia-de-balcon-cuando-el-vecino-se-erige-en-autoridad.html>

¹³¹⁶ LÓPEZ RIBA, J. M., «La gestión policial de la crisis sanitaria», en *Contexto y Acción*, 1 de abril de 2020. Disponible en: <https://ctxt.es/es/20200401/Politica/31731/Jose-Maria-Lopez-Riba-policia-coronavirus-confinamiento-estado-alarma.htm>

norma de confinamiento establecida en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020. De dicho objetivo general se derivan los siguientes objetivos específicos:

O1. Evaluar la prevalencia de incumplimiento de la norma

O2. Analizar los factores procedentes de los enfoques propuestos (disuasión, influencia social, legitimidad sustantiva y procedimental, factores contextuales) y su relación con el incumplimiento del confinamiento.

O3. Elaborar un modelo matemático con los factores predictivos del incumplimiento

Para la consecución de los anteriores objetivos se plantean las siguientes hipótesis:

a. Desde el enfoque de la disuasión

H.1 a. *A mayor severidad percibida mayor será el cumplimiento*

H.1 b. *A mayor certeza percibida mayor será el cumplimiento*

H.1 c. *A mayor miedo de contagiarse mayor será el cumplimiento*

H.1 d. *A mayor miedo de contagiar a los demás mayor será el cumplimiento*

b. Desde el enfoque de la influencia social

H. 2 a. *A mayor percepción de que la gente cumple el confinamiento mayor será el cumplimiento*

H.2 b. *A mayor percepción de que la gente desaprobaba el incumplimiento mayor será el cumplimiento*

c. Desde la perspectiva de la legitimidad sustantiva

H.3 a. *Cuanto peor sea el juicio moral del incumplimiento mayor será el cumplimiento*

H.3 b. *Cuanto más grave sea percibido el incumplimiento mayor será el cumplimiento*

d. Desde la perspectiva de la legitimidad procedimental

H. 4 a. *A mayor actitud de obediencia la ley mayor será el cumplimiento*

H. 4 b. *Cuanto mejor sea la percepción de la calidad de los agentes de la autoridad mayor será el cumplimiento*

H. 4 c. *Cuanto más se apoye la medida del confinamiento mayor será el cumplimiento*

e. Desde la perspectiva de los factores ambientales o contextuales

H. 5 a. *Cuanto más personas cohabiten mayor será el cumplimiento*

H. 5 b. *Cuanto más metros cuadrados tenga la vivienda mayor será el cumplimiento*

H. 5 c. *El acceso a espacios al aire libre en la vivienda influirá en un mayor cumplimiento*

H. 5 d. *Tener hijos menores a cargo influirá en un mayor cumplimiento*

H. 5 e. *Cuando más tiempo se utilice Internet al día mayor será el cumplimiento*

H. 5 f. *Teletrabajar influirá en un mayor cumplimiento*

3.2. VARIABLES Y PROCEDIMIENTO

Además de las anteriores variables sociodemográficas, el presente estudio ha medido como variable dependiente el incumplimiento de la medida de confinamiento establecida en el artículo 7 del RD 463/2020. Como variables independientes se han tenido en cuenta a) las variables del enfoque de la disuasión, tanto la severidad y certeza percibidas, como la disuasión procedente del miedo al contagio y también del miedo a contagiarse; b) las variables del enfoque de la influencia social; c) variables de legitimidad sustantiva; d) variables de la legitimidad procedimental; y, e) por último variables contextuales. Tanto las variables, como su operativización y escalas de medición aparecen detalladas en el ANEXO 1. Para la consecución de los objetivos e hipótesis planteadas se consideró que el mejor diseño de investigación era uno de carácter no

experimental en el que todos los participantes respondieran ante las mismas condiciones y al mismo instrumento de medición.

Para la elaboración del cuestionario se utilizó el sistema de encuestas gratuitas de Google. Los criterios de inclusión de la muestra fueron: 1) residir en España; 2) tener al menos 13 años, y 3) hablar español. El cuestionario fue administrado a través de distintas redes sociales y estuvo disponible desde el día 30/03/2020 hasta el 27/04/2020. En este sentido, el muestreo llevado a cabo es no probabilístico.

4. RESULTADOS

4.1. ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS

Variable dependiente «cumplimiento»

Ante la pregunta de con qué frecuencia habían salido los participantes a la calle fuera de los casos permitidos o abusando de éstos desde que se decretara el estado de alarma el 14 de marzo, la mayoría de los participantes informaron que no incumplieron la norma de confinamiento ni abusaron de los casos en los que se permitía transitar en la vía pública. En este sentido, sólo el 15,2% de la muestra informó haber incumplido el confinamiento, y de ese 15,2%, el 10,2% informó que solo lo había incumplido de 1 a 3 veces. Esta información viene recogida en la tabla 1.

Tabla 1.
Frecuencia de la variable «cumplimiento»

| Frecuencia | N | % |
|------------------|------|------|
| Ninguna vez | 1113 | 84,8 |
| De 1 a 3 veces | 141 | 10,7 |
| De 4 a 6 veces | 33 | 2,5 |
| De 7 a 9 veces | 13 | 1 |
| De 10 a 12 veces | 2 | 0,2 |
| De 13 a 15 veces | 3 | 0,2 |
| Más de 15 veces | 7 | 0,5 |

Variables independientes

Tabla 2.
Resultados descriptivos de las variables independientes incluidas en el estudio

| Variables independientes del estudio | Nivel | % | M | DT | Escala | |
|--------------------------------------|-------------------------------------|----|-------|-----------------|--------|--|
| Disuasión formal e informal | Certeza percibida | - | - | 5,12 | 3,13 | 0-10 |
| | Severidad percibida | - | - | Véase Gráfico 2 | | |
| Influencia social | Miedo a contagiarse | - | - | 5,49 | 2,7 | 0-10 |
| | Miedo a contagiar | - | - | 7,44 | 2,9 | 0-10 |
| Legitimidad sustantiva | Norma prescriptiva | - | - | 7,51 | 2,5 | 0-10 |
| | Norma descriptiva | - | - | 4,96 | 2,1 | 0-10 |
| Legitimidad procedimental | Juicio moral | - | - | 8,84 | 1,8 | 0-10 |
| | Gravedad percibida | - | - | 8,35 | 2 | 0-10 |
| Variables ambientales | Vigilancia policial | Sí | 68,8% | - | - | Sí/No |
| | Haber sido parado por la policía | Sí | 14% | - | - | Ninguna vez 1 vez 2 veces 3 veces Más de 3 veces |
| Variables ambientales | Actitud de obediencia_global | - | - | 7,7 | 2,3 | 0-10 |
| | Calificación policía_global | - | - | 6,34 | 2,6 | 0-10 |
| | Apoyo a la medida del confinamiento | - | - | 9,14 | 1,7 | 0-10 |
| | Apoyo futuro | - | - | 8,4 | 2,2 | 0-10 |
| | Personas cohabitantes | - | - | 2,96 | 1,1 | 1-10 |
| | Metros vivienda | - | - | Véase Gráfico 3 | | |
| | Espacio al aire libre | - | - | Véase Gráfico 4 | | |
| | Hijos menores | Sí | 23,9% | - | - | Sí/No |
| | Horas de uso al día de internet | - | - | Véase Gráfico 5 | | |
| | Teletrabajo | Sí | 42,4% | - | - | Sí/No |

Por lo que respecta al enfoque de la disuasión, tal y como podemos observar en la tabla 2 la certeza percibida de media es relativamente aceptable ($M=5,12$; $DT=3,3$), mientras que la severidad percibida ofrece unos datos descriptivos de gran variabilidad en las sanciones económicas tal y como se muestra en el Gráfico 2. No obstante, la mayoría de la muestra entiende que la sanción máxima que podrían llegar a recibir es una multa, y de entre las cantidades ofrecidas destaca la de 601 a 1000 euros, siendo esta precisamente la multa más común impuesta a los ciudadanos por el mero incumplimiento del confinamiento, quizás porque los participantes estaban informados de las sanciones reales. En todo caso, a los efectos de la presente investigación, resulta muy destacable que el 78,3% de la muestra entienda que la sanción máxima que podrían recibir por incumplir el confinamiento sea una multa económica, y solo 12,4% entienda que la misma podría llegar a la prisión. Esto es, la severidad percibida de la sanción por el incumplimiento no es la procedente de la rama del ordenamiento jurídico que puede imponer al ciudadano penas de prisión.

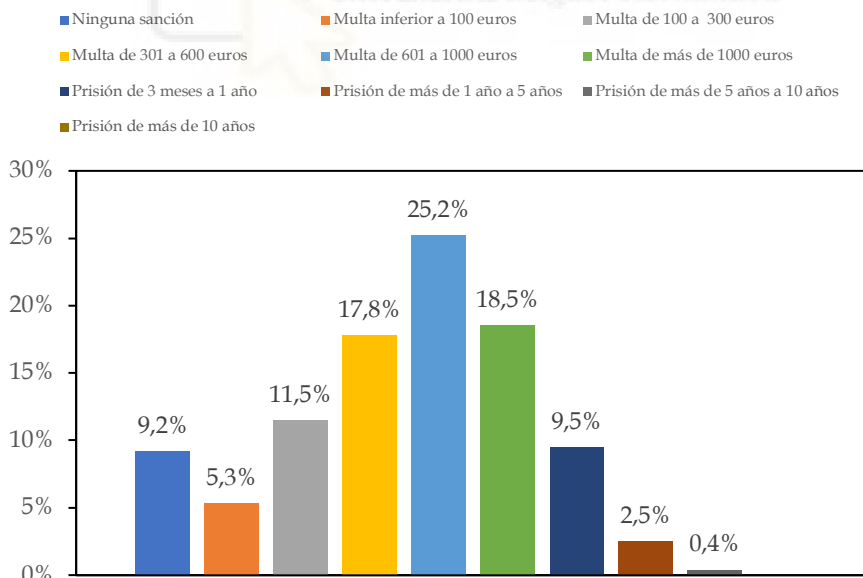


Gráfico 2. Descriptivo de la variable severidad percibida

Por otro lado, la muestra informa tener de media menos miedo a contagiarse que, sin embargo, miedo de contagiar a terceros donde la media es bastante alta ($M=7,44$; $DT=2,9$). Respecto de la influencia social, la mayoría de la muestra cree que su grupo de referencia desaprobaba su comportamiento si incumplieran el confinamiento ($M=7,51$; $DT=2,5$), siendo la media de la norma descriptiva, es decir, cuánta gente cree el sujeto que incumple el confinamiento, mucho más baja ($M=4,96$; $DT=2,1$). Las medias más altas son las relativas a aquellas variables que están relacionadas con el sistema de valores del sujeto y, también, las relativas al apoyo de la medida del confinamiento. Así, de media la muestra cree que en términos morales la conducta de incumplir el confinamiento está muy mal ($M=8,44$; $DT=1,8$), y, de forma coherente, la conducta infractora les parece muy grave ($M=8,35$; $DT=2$). Asimismo, la muestra apoya ampliamente la medida de confinamiento y también lo haría respecto de una prórroga del mismo ($M=9,14$; $DT=1,7$ y $M=8,4$; $DT=2,2$, respectivamente).

Respecto de las variables de legitimidad procedimental, en primer lugar, se les preguntó si habían notado un aumento de la vigilancia policial en sus calles y barrios con una variable dicotómica (sí/no) y el 68,8% de la muestra informaba que sí había notado dicho aumento. Por otro lado, se les preguntó si habían sido parados por la policía. En este caso un 86% de la muestra no había sido parado ninguna vez, un 9,7% había sido parado una vez; un 3% 2 veces; un 0,7% 3 veces y un 0,6% más de 3 veces. Asimismo, también se les preguntó si habían sido multados por la policía con una variable dicotómica (sí/no) y solo el 0,6% de la muestra informó haber sido multado. En cuanto al apoyo a la propia medida de confinamiento a la muestra les parecía que esta medida era totalmente adecuada ($M=9,14$; $DT=1,7$) e igualmente les parecería adecuada una prórroga de dicho confinamiento ($M=8,4$; $DT=2,2$). Toda esta información se encuentra disponible en la tabla 2.

Por otro lado, respecto de la actitud de obediencia a la ley se operativizó mediante cuatro ítems extraídos de TYLER¹³¹⁷, y adaptados al objeto de estudio. Estos ítems se encuentran detallados en la Tabla 3. Asimismo, se construyó una variable de actitud de obediencia global a partir de estos cuatro ítems, y para comprobar la fiabilidad interna del constructo se calculó el coeficiente de Alfa de Cronbach que arroja una fiabilidad alta ($\alpha = 0,86$). En consecuencia, de conformidad con este constructo, la media de actitud de obediencia a la ley es de 7,7 ($DT=2,3$), tal y como podemos observar en la tabla 2.

Tabla 3.

Ítems, escala y valor de Alfa de Cronbach del constructo de «actitud de obediencia a la ley»

| Ítems | Operativización | Escala | α de Cronbach |
|-------|---|----------------------------------|----------------------|
| 1 | Las personas deben obedecer las obligaciones impuestas durante el Estado de alarma, incluso si va en contra de lo que creen que es correcto | | $\alpha = 0,86$ |
| 2 | Siempre trato de seguir las obligaciones del Estado de alarma, incluso si creo que no son correctas | 0=Totalmente en desacuerdo y 10= | |
| 3 | Desobedecer el Estado de alarma nunca está justificado | Totalmente de acuerdo | |
| 4 | Si una persona sale a la calle y un policía le dice que se identifique o que se detenga, debe detenerse e identificarse, aunque crea que lo que está haciendo es totalmente legal | | |

Se emplearon también 6 ítems para medir la calificación de los agentes de seguridad basada en una revisión de la escala empleada por MEDINA¹³¹⁸ descritos, asimismo, en la tabla 4. Al

¹³¹⁷ TYLER, T. R., *Why people...*, ob. cit.

¹³¹⁸ MEDINA, J. J., «Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España», en *Revista Electrónica de Ciencia y Criminología*, 05-03, 2003.

igual que en el caso de la actitud de obediencia a la ley, se construyó una variable de actitud de calificación de los agentes de seguridad global a partir de estos seis ítems, y para comprobar la fiabilidad interna del constructo se calculó el coeficiente de Alfa de Cronbach que arroja también una fiabilidad alta ($\alpha = 0,96$). Así, tal y como se observa en la tabla 2 la calificación global de los agentes de la autoridad durante del estado de alarma es de media de 6,34 ($DT=2,6$), indicando que pese a que no se califica mal a los agentes de seguridad tampoco se les considera del todo adecuados.

Tabla 4.

Ítems, escala y valor de Alfa de Cronbach del constructo de «calificación de los agentes de seguridad»

| Ítem | Operativización | Escala | α de Cronbach |
|------|---|---|----------------------|
| 1 | Son profesionales y competentes | | $\alpha = 0,96$ |
| 2 | Son respetuosos con el trato a los ciudadanos | | |
| 3 | Son honestos | 0=Totalmente | |
| 4 | Son eficaces en la persecución de las infracciones estos días | en desacuerdo y 10= Totalmente de acuerdo | |
| 5 | Son imparciales en sus actuaciones | | |
| 6 | Son respetuosos con los derechos de los ciudadanos estos días | | |

Finalmente, respecto de las variables contextuales del cumplimiento evaluadas la muestra ha convivido durante el confinamiento con una media de 2 personas. Tal y como se observa en el Gráfico 3, mientras que solo el 8,1% de la muestra ha pasado el confinamiento en una vivienda no superior a 50 metros cuadrados, el 22,4% lo ha pasado en una vivienda entre 51 y 75 metros cuadrados, el 34,1% en una de entre 76 y 100 metros cuadrados, el 16,5% en una de entre 101 y 120 metros cuadrados, y el 18,9% lo ha pasado en una vivienda de más de 120 metros cuadrados.

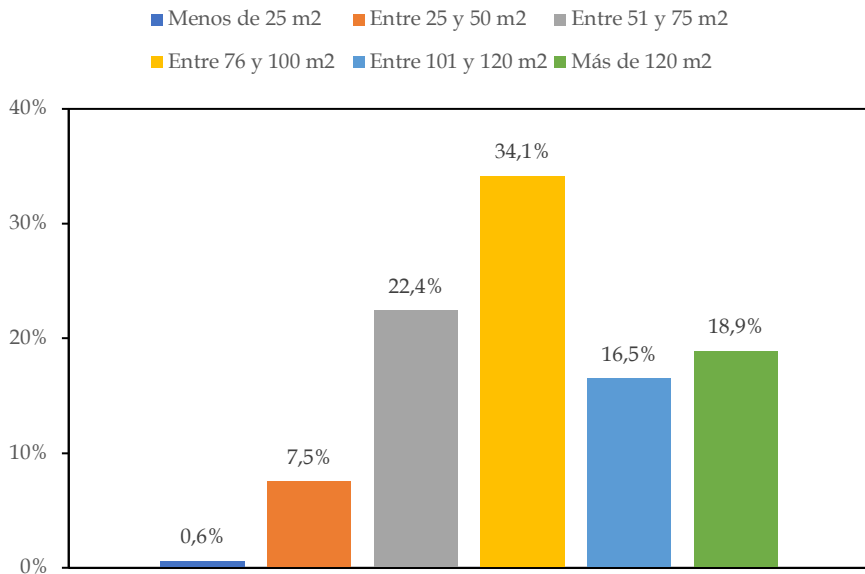


Gráfico 3. Descriptivo de los metros cuadrados de la vivienda

Respecto de la disponibilidad de espacios al aire libre en la vivienda en la que se ha llevado a cabo el confinamiento, el 23,6% de la muestra informa de que no tiene ningún espacio al aire libre, mientras que el más del 55% dispone o de balcón o de terraza, y solo el 16,9% dispone de jardín, tal y como se detalla en el Gráfico 4.

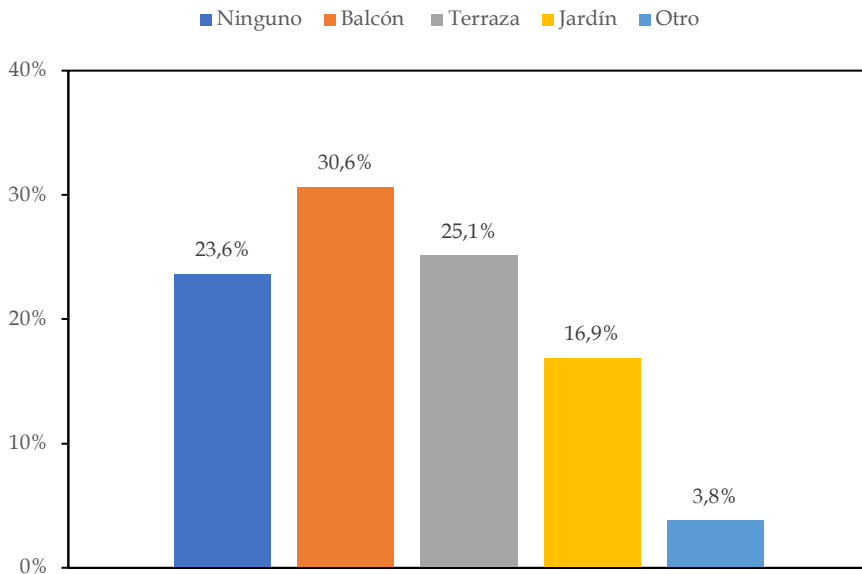


Gráfico 4. Descriptivo de los espacios al aire libre disponibles en las viviendas

Por otro lado, solo el 23,9% de la muestra informa tener hijos menores a cargo. Asimismo, y respecto de las horas de uso al día de Internet durante el confinamiento, el 80% de la muestra hace uso de Internet entre 5 y más de 12 horas al día, tal y como

se puede observar en el Gráfico 5. Por último, cabe mencionar que el 42,4% de la muestra se encontraba teletrabajando.

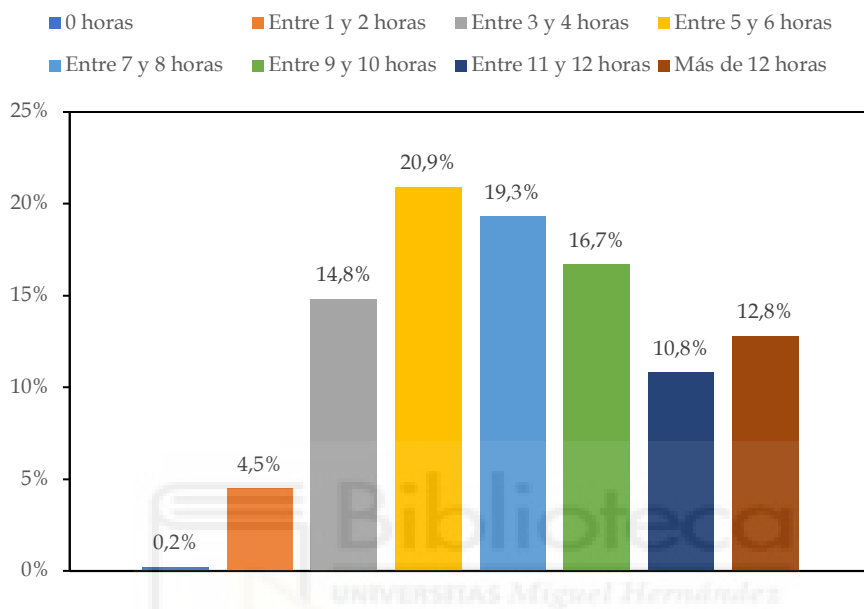


Gráfico 5. Descriptivo de las horas de uso de Internet al día

4.2. CORRELACIONES BIVARIADAS

Una vez realizados los análisis descriptivos de las variables se procedió a realizar un análisis bivalente con todas las variables medidas en el presente estudio. Las correlaciones que se aplicaron atendiendo al tipo de variables comparadas (véase tabla 5)

Tabla 5.

Correlaciones entre la variable incumplimiento y las variables independientes

| Enfoque | Variable | Coefficiente de correlación | R ² (%) |
|---------------------------|--|-----------------------------|--------------------|
| Disuasión | Severidad percibida ^a | -,174** | 3,03 |
| | Certeza percibida ^a | -,171** | 2,92 |
| | Miedo a contagiarse ^a | -0,05 | 0,25 |
| | Miedo a contagiar ^a | -,107** | 1,14 |
| Influencia social | Norma prescriptiva ^a | -,227** | 5,15 |
| | Norma descriptiva ^a | ,214** | 4,58 |
| Legitimidad sustantiva | Gravedad percibida ^a | -,313** | 9,80 |
| | Juicio moral ^a | -,285** | 8,12 |
| Legitimidad procedimental | Vigilancia policial ^b | 0,048 | 0,23 |
| | Haber sido parado por la policía ^a | ,198** | 3,92 |
| | Haber sido multado ^b | ,083** | 0,69 |
| | Actitud de obediencia a la ley ^a | -,263** | 6,92 |
| | Calificación de la policía ^a | -,135** | 1,82 |
| | Apoyo a la medida del confinamiento ^a | -,230** | 5,29 |
| | Apoyo a futuro ^a | -,183** | 3,35 |
| Factores contextuales | Personas cohabitantes ^a | -,075** | 0,56 |
| | Metros de la vivienda ^a | 0,018 | 0,03 |
| | Espacio al aire libre ^b | 0,004 | 0,00 |
| | Hijos menores ^b | -0,029 | 0,08 |
| | Teletrabajo ^b | -,060* | 0,36 |
| | Horas de uso de Internet ^a | -,054* | 0,29 |
| Sociodemográficos | Sexo ^b | ,136** | 1,85 |
| | Edad ^a | -0,003 | 0,00 |
| | Ideología ^a | 0,003 | 0,00 |
| | Nivel de estudios ^a | -0,027 | 0,07 |

***. La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral); *.* La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral); *a.* Correlaciones de Spearman; *b.* Correlaciones biseriales puntuales

Como se puede observar, no existe una relación de dependencia entre el incumplimiento y las variables «miedo a contagiarse»; «vigilancia policial»; la edad; la ideología política, el nivel de estudios; los metros de la vivienda; el disponer de espacios al aire libre en la vivienda y el número de hijos menores a cargo. En consecuencia, las hipótesis H.1 c. *A mayor miedo de contagiarse mayor será el cumplimiento*; H. 5 b. *Cuanto más metros*

cuadrados tenga la vivienda mayor será el cumplimiento; H. 5 c. El acceso a espacios al aire libre en la vivienda influirá en un mayor cumplimiento; y, H. 5 d. Tener hijos menores influirá en el cumplimiento, no pueden aceptarse.

Por lo que se refiere a las variables de la disuasión, podemos observar que la relación entre el incumplimiento y la severidad y certeza percibidas es negativa y estadísticamente significativa ($r_s = -.174$; $p < .01$; $r_s = -.171$; $p < .01$). Esto es, cuanto menor es la severidad y la certeza percibidas mayor es el incumplimiento. En este caso, las hipótesis relacionadas con la disuasión de las sanciones (H.1 a. *A mayor severidad percibida mayor será el cumplimiento*; H.1 b. *A mayor certeza percibida mayor será el cumplimiento*) se aceptan. Asimismo, también existe una relación negativa y estadísticamente significativa entre el miedo a contagiar y el incumplimiento, por lo tanto, a menor miedo de contagiar a alguien mayor es el incumplimiento ($r_s = -.107$; $p < 0,01$), por lo que también se acepta la hipótesis H.1 d. *A mayor miedo de contagiar a los demás mayor será el cumplimiento*. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que las correlaciones negativas que oscilan entre los valores $-0,01$ a $-0,19$ se consideran correlaciones muy bajas. Esto también puede observarse con los valores de R^2 (%).

Si atendemos a las relaciones entre la influencia social y el incumplimiento, podemos observar que cuanto menos crea el sujeto que la gente de su entorno desaprobaba su incumplimiento mayor es el incumplimiento ($r_s = -.227$; $p < 0,01$); y cuanto más gente crea el sujeto que incumple mayor será el incumplimiento ($r_s = .214$; $p < 0,01$). Se aceptan pues, las hipótesis planteadas en torno a la influencia social y el incumplimiento. Estas son: H. 2 a. *A mayor percepción de que la gente cumple el confinamiento mayor será el cumplimiento*; y, H.2 b. *A mayor percepción de que la gente desaprobaba el incumplimiento mayor será el cumplimiento*. En este caso, las correlaciones se consideran bajas

Las relaciones más fuertes se producen entre las variables de legitimidad sustantiva y el apoyo a la medida del confinamiento. Así, a menor gravedad percibida del incumplimiento mayor será este ($r_s = -,313$; $p < ,01$); asimismo, cuanto mejor se juzgue moralmente la conducta mayor incumplimiento ($r_s = -,285$; $p < ,01$); así como, encontramos una relación significativa entre no apoyar la medida de confinamiento y el incumplimiento ($r_s = -,230$; $p < ,01$). Esta relación nos permite aceptar las hipótesis planteadas en torno a la legitimidad sustantiva (H.3 a. *Cuanto peor sea el juicio moral del incumplimiento mayor será el cumplimiento*; y, H.3 b. *Cuanto más grave sea percibido el incumplimiento mayor será el cumplimiento*). Si bien y al igual que en los casos anteriores, los valores de las correlaciones obtenidos se consideran bajos.

En lo que se refiere a las relaciones procedentes de las variables de la legitimidad procedimental, se observa que cuanto más se haya sido parado por la policía mayor es el incumplimiento ($r_s = ,198$; $p < 0.01$). Este dato puede resultar a primera vista contradictorio, pero puede hipotetizarse que aquellos que han incumplido más y, por tanto, han salido más a la calle, habrán tenido más probabilidades de ser parados por la policía como consecuencia de dicho incumplimiento. Haber sido multado también se relaciona con el incumplimiento, entendiendo dicha relación en la misma dirección que en el caso anterior ($r_{bp} = ,083$; $p < ,01$). Respecto de la actitud de obediencia, encontramos una relación negativa y significativa ($r_s = -,263$; $p < ,01$). Esto es, a peor actitud de obediencia mayor será el incumplimiento. Por otro lado, también se observa una relación negativa entre la calificación de los agentes de la autoridad y el incumplimiento ($r_s = -,135$; $p < ,01$). Se aceptan, en consecuencia, las H. 4 a. *A mayor actitud de obediencia la ley mayor será el cumplimiento*; y, H. 4 b. *Cuanto mejor sea la percepción de la calidad de los agentes de la autoridad mayor será el cumplimiento*, con las cautelas acerca de los valores bajos de correlación.

Respecto de las variables contextuales se encuentra que son las variables con una relación significativa menor, y, de

hecho, los valores de las correlaciones se consideran muy bajos. Así, a menor personas convivan en el domicilio mayor será el incumplimiento ($r_s = -,075$; $p < ,01$); tener hijos a cargo está relacionado con un menor incumplimiento ($r_s = -,079$; $p < ,01$); no teletrabajar se relaciona con el incumplimiento ($r_{bp} = -,060$; $p < ,05$), y, a menor horas de uso al día de Internet mayor es el incumplimiento ($r_s = -,054$; $p < ,05$). En este sentido, dada la débil relación solo podemos aceptar parcialmente las hipótesis H. 5 a. *Cuanto más personas cohabiten mayor será el cumplimiento*; H. 5 e. *Cuando más tiempo se utilice Internet al día mayor será el cumplimiento*; H. 5 f. *Teletrabajar influirá en un mayor cumplimiento*.

Por último, si atendemos a la relación del incumplimiento con las variables sociodemográficas, podemos observar en la

tabla 5 que solo correlaciona significativamente el sexo ($r_{bp} = ,136$; $p < ,01$), de modo que ser mujer está relacionado con el incumplimiento. Sin embargo, esto último debe interpretarse con prudencia dado que puede deberse a la mayor prevalencia de mujeres en la muestra.

4.3. MODELIZACIÓN MATEMÁTICA DEL INCUMPLIMIENTO

Tras examinar los resultados del análisis bivalente y para la consecución de los objetivos específicos planteados en esta investigación, se procedió a la modelización del incumplimiento. Para ello, se utilizó una regresión logística binaria a la que se le aplicó el método hacia delante (condicional) de introducción de variables. Tras 5 pasos¹³¹⁹, las variables gravedad, certeza, norma descriptiva, actitud de obediencia a la ley y haber sido parado por la policía mostraron tener un efecto

¹³¹⁹ Tal y como se describe en el ANEXO 2, el método hacia delante de introducción de variables aplicado calculó hasta 10 modelos distintos (10 pasos). No obstante, y pese a la significación de todas las 10 pruebas ómnibus de coeficientes del modelo, las pruebas Hosmer-Lemeshow relativas al modelo 6 en adelante muestran valores significativos que nos impiden rechazar la hipótesis nula de igualdad entre el modelo observado y el esperado, comprometiendo el ajuste del modelo.

significativo sobre el incumplimiento del confinamiento ($\chi^2(5) = 362,891, p < 0,000$). El modelo explica el 42,1% de la varianza en la muestra recogida (R^2 de Nagelkerke) y clasifica el 86,5% de los casos correctamente. La sensibilidad del modelo es del 33,5% y la especificidad del 96%. Los resultados muestran, por un lado, que por cada unidad que incrementan las variables gravedad, certeza y actitud de obediencia a la ley, la probabilidad de incumplir se reduce a 0,61 (38%), 0,8 (44,4%) y 0,8 (44,4%) veces respectivamente. Por otro lado, el modelo también muestra que por cada unidad de incremento en las variables norma descriptiva y «haber sido parado por la policía», las probabilidades de incumplir son de 1,7 (62,9%) y 2 (66,6%) veces más respectivamente. Toda esta información viene recogida en la tabla 6.

Tabla 6.

Resultados de la regresión logística binaria del incumplimiento

| | B | ET (B) | Wald* | OR | 95% C.I. para OR | |
|----------------------------------|--------|--------|---------|-------|------------------|----------|
| | | | | | Inferior | Superior |
| Gravedad de la conducta | -0,489 | 0,047 | 107,643 | 0,613 | 0,559 | 0,673 |
| Certeza percibida | -0,215 | 0,032 | 46,066 | 0,806 | 0,758 | 0,858 |
| Norma descriptiva | 0,546 | 0,053 | 105,838 | 1,725 | 1,555 | 1,914 |
| Actitud de obediencia | -0,204 | 0,036 | 31,541 | 0,815 | 0,759 | 0,875 |
| Haber sido parado por la policía | 0,728 | 0,127 | 33,076 | 2,072 | 1,616 | 2,656 |
| Constante | 1,278 | 0,399 | 10,264 | 3,59 | | |

* $p < 0,001$ en todas las variables.

Omnibus $\chi^2(5) = 362,891, p < 0,000$; Hosmer-Lemeshow. $\chi^2(8) = 14,834, p = 0,062$

$R^2 = 0,241$ (Cox y Snell), 0,421 (Nagelkerke).

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación tenía como objetivo general analizar, por un lado, la prevalencia de incumplimiento del confinamiento en el estado de alarma, y, por otro, el análisis de los factores psicosociales y contextuales asociados al mismo. Respecto del primer objetivo, este estudio muestra un bajo incumplimiento de la norma evaluada. Concretamente solo un 15% informa haber incumplido el confinamiento durante el

estado de alarma. Resultados similares encontraron el Grupo de Investigación «Democracy Elections & Citizenship», que ante la pregunta a los participantes de si habían salido a la calle, aunque no fuese necesario, solo el 13% informaba que sí lo había hecho¹³²⁰. Asimismo, VAN ROOIJ *et. al.*, aunque evaluó el cumplimiento de forma distinta, encontró que la mayoría de la muestra de estadounidenses cumplía con las medidas de distanciamiento social evaluadas¹³²¹. También encontraron bajas frecuencias de incumplimiento NIVETTE *et. al.*¹³²²; KUIPER *et al.*¹³²³; y KOOISTRA *et. al.*¹³²⁴.

En relación con el segundo objetivo, en el presente trabajo de investigación se han analizado distintos factores de cumplimiento normativo que la literatura empírica ha mostrado previamente que se relacionan con la toma de decisiones del sujeto respecto de una norma. Por este motivo, se han obviado otra serie de factores relacionados con el individuo en sí (e.g. impulsividad, autocontrol, emociones, personalidad, etc.), centrando el análisis únicamente en los factores que interaccionan entre el sujeto y el mensaje normativo.

Tal y como se ha reflexionado al inicio de este trabajo, que el incumplimiento o la desobediencia pueda castigarse además de por vía administrativa por medio del Derecho penal debe poder justificarse, por un lado, en un mayor desvalor y gravedad de la conducta y, por otro, en un poder disuasorio que

¹³²⁰ Pueden consultarse las investigaciones de este grupo en: <http://grdec.uab.cat/>

¹³²¹ VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation...», *ob. cit.*

¹³²² NIVETTE, A., RIBEAUD, D., MURRAY, A., STEINHOFF, A., BECHTIGER, L., HEPP, U., SHANAHAN, L., y EISNER, M., «Non-compliance...», *ob. cit.*

¹³²³ KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown...», *ob. cit.*

¹³²⁴ KOOISTRA, E. B., FOLMER, C. R., KUIPER, M. E., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «Mitigating COVID-19 in a Nationally...», *ob. cit.*

no haya podido ser capaz de desplegar la sanción administrativa. Esto, como se ha argumentado, es lo que legitimaría la intervención del Derecho penal en la criminalización del incumplimiento ya que, de otra manera, si la sanción administrativa puede por sí misma prevenir las conductas infractoras, la injerencia de un Derecho penal basado en el principio de intervención mínima no estaría justificada.

De conformidad con lo anterior, en este trabajo se ha tratado de evaluar la influencia en el incumplimiento de las principales variables en las que se basa la disuasión: la certeza y severidad percibidas. En atención a los resultados del modelo matemático, y contrariamente a lo que ha venido estableciendo la literatura acerca de la eficacia de la disuasión, la certeza percibida entró a formar parte del modelo como factor predictivo, mostrando la importancia de la misma en la prevención de conductas. Así, el incremento de una unidad en esta variable implicaría una reducción del 44,4% de la probabilidad de incumplir. En este modelo no entró, en cambio, la severidad como factor predictivo. No obstante, no podemos descartar que la severidad percibida no sea importante para la motivación al cumplimiento. De hecho, en el Anexo II se detallan los distintos pasos de regresión logística, y, precisamente en el modelo correspondiente al paso 7 puede observarse que la severidad sí entraba como factor predictivo, aunque por las razones detalladas en la descripción del modelo matemático, las pruebas estadísticas realizadas aconsejaron adoptar el modelo correspondiente al paso 6. Asimismo, en los análisis correlacionales podemos observar que la severidad mostraba una relación estadísticamente significativa y negativa con el incumplimiento de modo que, a menor severidad percibida mayor era el incumplimiento. ¿Pero qué severidad, la de la sanción administrativa o la del castigo penal? Si atendemos a los análisis descriptivos de la variable de la severidad percibida, el 78,3% de la muestra informaba que la sanción máxima que creían que podrían llegar a recibir si incumplían el confinamiento era una multa económica, y solo el 12,4% creían que les podrían llegar a imponer una pena de prisión. Es decir,

la severidad percibida relevante y que interacciona con el incumplimiento no es precisamente la procedente de la intervención penal como única rama del ordenamiento jurídico que puede imponer penas de prisión. En este sentido, la vía administrativa sería suficiente para la prevención de conductas infractoras y, por tanto, el mensaje normativo penal no sería necesario si lo que se persigue es la prevención de conductas que incumplen el estado de alarma.

Estos hallazgos contradicen los obtenidos en otros modelos de cumplimiento normativo en el contexto la pandemia. Así, por ejemplo, en el modelo matemático del estudio de cumplimiento de las medidas de distanciamiento social realizado por VAN ROOIJ *et. al.* no entran como variables predictoras ni la severidad ni la certeza percibidas¹³²⁵. Tampoco en los modelos de regresión logística del estudio de KOOISTRA *et. al.*¹³²⁶ Sin embargo, resulta difícil comparar ambos estudios con el presente debido a que estos resultados pueden deberse a las diferencias entre España y Estados Unidos y Reino Unido respecto de las obligaciones de confinamiento y distanciamiento social, habiendo sido éstas más estrictos en nuestro país que en los anglosajones.

No obstante, los resultados en relación con el enfoque de la disuasión también parecen contradecir los obtenidos en la literatura que ha evaluado su eficacia en ámbitos normativos como la seguridad vial¹³²⁷ o la vulneración de los derechos de propiedad intelectual en Internet¹³²⁸. En el primero, donde se evaluaban conductas como el exceso de velocidad, la severidad producía un efecto incluso contrario a la hipótesis de partida, es

¹³²⁵ [VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation...», *ob. cit.*](#)

¹³²⁶ KOOISTRA, E. B., FOLMER, C. R., KUIPER, M. E., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «Mitigating COVID-19 in a Nationally...», *ob. cit.*

¹³²⁷ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

¹³²⁸ GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*

decir, a mayor severidad percibida mayor era el incumplimiento, algo que los autores atribuían a la erosión de la legitimidad de la norma de conducta para imponer sanciones penales. Sin embargo, la explicación de MIRÓ LLINARES y BAUTISTA ORTUÑO de este efecto inverso de la severidad como consecuencia de una posible erosión de la legitimidad, no tienen por qué resultar contradictorios con los resultados del presente trabajo, especialmente si tenemos en cuenta que la norma de conducta evaluada tiene como característica que es percibida como legítima¹³²⁹. Para los participantes de este estudio incumplir está moralmente mal, y el incumplimiento es percibido como grave, por lo que la interacción entre el modelo de la disuasión y de la legitimidad van, en este caso, en la misma dirección. Por otro lado, GÓMEZ-BELLVÍS mostró que ni la severidad ni la certeza percibidas eran relevantes para evitar que las personas infringieran los derechos de autor en Internet¹³³⁰. Ahora bien, tampoco se puede afirmar que este estudio venga a contradecir la vasta literatura que avala el escaso alcance preventivo del mensaje normativo penal basado en la amenaza del castigo y sus características ya que, los ámbitos normativos analizados y el contexto en el que son evaluados son radicalmente distintos, ámbitos normativos en los que, por ejemplo, la certeza percibida es tan baja que resulta muy difícil que pueda desplegar alguna eficacia. En cambio, el contexto en el que se ha evaluado el cumplimiento de la norma de confinamiento tiene como especial característica precisamente una alta certeza de la sanción. ¿Tiene sentido, pues, la configuración del mensaje normativo en términos disuasorios poniendo especial acento en el castigo y sus características? La respuesta es condicional a que se puedan ofrecer unos niveles de certeza aceptables, suficientes para que motive a las personas a cumplir con la norma porque sepan con cierta seguridad que si la incumplen el castigo tiene muchas probabilidades de materializarse. Asimismo, y, en este contexto, manteniendo estos niveles de certeza alta, la severidad procedente de la

¹³²⁹ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*

¹³³⁰ GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*

infracción administrativa sería suficiente para motivar al cumplimiento, no necesitando un aumento de la misma en términos cualitativos con la injerencia del Derecho penal. Ahora bien, a mi modo de ver, resulta francamente difícil mantener tales niveles de certeza a medida que el contexto va cambiando y se va flexibilizando. Solo un Estado que pudiera permitirse en términos democráticos y económicos vigilar sin cuartel y *sine die* a sus ciudadanos para inculcarles la certeza de que si incumplen o desobedecen a la norma serán castigados con la severidad suficiente podrá motivar al cumplimiento de las normas por medio de un modelo coercitivo. Pero, a mi juicio, este Estado estaría lejos de uno que pudiera lograr un cumplimiento voluntario porque la norma merezca ser obedecida en términos de legitimidad sustantiva y procedimental, y porque represente el modelo social de conducta a seguir. En este sentido, tanto por cuestiones pragmáticas - ya que a medida que vamos avanzando en la desescalada va a ser cada vez más complejo asegurar la certeza percibida de la sanción- como por cuestiones deontológicas - teniendo en cuenta que es más deseable un modelo de intervención consensual que logre el cumplimiento voluntario de la norma-, es conveniente analizar y comprender la importancia de otros factores explicativos procedentes de enfoques basados en la legitimidad y la influencia social en el cumplimiento de las normas.

Respecto de las variables de la influencia social se ha encontrado una correlación significativa entre la norma descriptiva y prescriptiva y el incumplimiento en la dirección de que la baja percepción de la desaprobación negativa del grupo de referencia se relaciona con el incumplimiento, así como que la creencia de que la gente realiza la conducta infractora se relaciona con el incumplimiento. Resultados convergentes obtuvieron VAN ROOIJ. *et. al.*¹³³¹, BOGG y MILAD¹³³², KUIPER *et.*

¹³³¹ VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation...», *ob. cit.*

¹³³² BOGG, T., y MILAD, E., «Slowing the Spread...», *ob. cit.*

*al.*¹³³³, NIVETTE *et. al.*¹³³⁴ también encontraron una relación entre el incumplimiento y tener amigos que realizan conductas antisociales. En todo caso, de las dos variables de influencia social, solo la norma descriptiva ha entrado a formar parte del modelo de regresión logística. En este sentido, por cada incremento en una unidad de la variable «norma descriptiva», es decir, por cada incremento en una unidad en la percepción que mucha gente incumple, aumenta las probabilidades de incumplir en un 62,9%. En atención a estos resultados creo con KUIPER *et. al.* que una estrategia fundamental para prevenir el incumplimiento teniendo en cuenta la importancia de la influencia social, ha sido la comunicación por las autoridades a través de los medios de comunicación que la mayoría de la población estaba cumpliendo con la norma que prescribía el confinamiento¹³³⁵.

Si bien se ha encontrado que la influencia social, especialmente la norma descriptiva, es relevante para prevenir el incumplimiento, también es importante señalar que tal y como se ha descrito más arriba, el cumplimiento de las normas también puede depender del sistema de valores del individuo¹³³⁶. De hecho, las correlaciones más fuertes se han dado entre las variables de la legitimidad sustantiva y el incumplimiento, de tal modo que cuanto peor se juzgue moralmente la conducta infractora mayor será el cumplimiento y cuanto más grave le parezca al sujeto la infracción también más cumplirá. Además, la gravedad percibida de la conducta ha entrado a formar parte del modelo de regresión logística. En este

¹³³³ KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown...», *ob. cit.*

¹³³⁴ NIVETTE, A., RIBEAUD, D., MURRAY, A., STEINHOFF, A., BECHTIGER, L., HEPP, U., SHANAHAN, L., y EISNER, M., «Non-compliance...», *ob. cit.*

¹³³⁵ KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown...», *ob. cit.*

¹³³⁶ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

sentido, JACKSON, POSCH, BRADFORD, HOBSON & KYPRIANIDES¹³³⁷ no encontraron una relación predictiva entre las variables de la disuasión y de la legitimidad procedimental (policial y legal), pero encontraron una relación entre la alineación moral con la norma y su cumplimiento. En concreto, cuando les preguntaron a los participantes si pensaban que era correcto tipificar el distanciamiento social, el 90% de los participantes consideró que era correcto o completamente correcto. Asimismo, KUIPER *et. al.* encontraron una relación estadísticamente significativa con el alineamiento moral a la norma y el cumplimiento de la misma en el sentido de que la gente que cree en términos morales que debe seguirse la norma, cumple más¹³³⁸.

En este sentido, dada la importancia de las variables relacionadas con la legitimidad sustantiva, pero también de la influencia social sería recomendable indagar en la configuración de mensajes normativos que tengan en cuenta la importancia de los juicios morales de la ciudadanía y cómo estos, como seres sociales, también se ven influenciados por la conducta de los demás, y, aprovechar de este modo el potencial expresivo de las normas y el poder persuasivo de los mensajes morales¹³³⁹.

Por otro lado, la labor de los agentes de seguridad durante los días de confinamiento ha sido esencial para aumentar la certeza de la sanción, pero también dado el contacto

¹³³⁷ JACKSON, J., POSCH, K., BRANDFORD, B., HOBSON, Z., y KYPRIANIDES, A., «The lockdown and social...», *ob. cit.*

¹³³⁸ KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown...», *ob. cit.*

¹³³⁹ JACKSON, J., POSCH, K., BRANDFORD, B., HOBSON, Z., y KYPRIANIDES, A., «The lockdown and social...», *ob. cit.*; LUNN, P. D., TIMMONS, S., BELTON, C. A., BARJAKOVÁ, M., JULIENNE, H., y LAVIN, C., «Motivating Social Distancing During the COVID-18 Pandemic: An Online Experiment», 2020. Disponible en: <https://www.esri.ie/pubs/WP658.pdf>; EVERETT, J. A., C., COLOMBATTO, C., CHITUC, V., BRADY, W. J., y CROCKETT, M. J., «[The effectiveness of moral messages on public health behavioral intentions during the COVID-19 pandemic](https://psyarxiv.com/9yqs8)», 2020. Preprint disponible en: <https://psyarxiv.com/9yqs8>

con los ciudadanos resulta necesario evaluar la interacción entre la legitimidad procedimental y el cumplimiento. De conformidad con los análisis, se ha encontrado una relación negativa y estadísticamente significativa entre la actitud de obediencia a la ley y el incumplimiento, de tal manera que a menor actitud de obediencia presente en el sujeto mayor es el incumplimiento. Además, esta es una de las variables que han entrado a formar parte del modelo de regresión lineal mostrando que por cada incremento en una unidad de esta variable se reduce en un 44,4% la probabilidad de incumplir. En este sentido, durante el contexto de la pandemia resultan relevantes los lazos de la comunidad con las normas y sus autoridades para que se puedan desplegar actitudes positivas como las de obediencia a la ley, que, además podríamos poner en relación con los resultados acerca del apoyo a la propia medida de confinamiento, donde la mayoría no solo la apoyaba ampliamente, sino que apoyaría una prórroga del mismo. En este sentido, también encuentran esta relación NIVETTE, *et. al.* quienes entienden que a la luz de sus resultados que para aumentar el cumplimiento voluntario de las medidas contra el COVID-19 es necesario realizar campañas de salud pública que aumenten la obligación moral y la confianza en las autoridades¹³⁴⁰.

En relación con otras variables relacionadas con la interacción de la muestra y los agentes de la autoridad, si bien la calificación de éstos en términos de honestidad, imparcialidad, etc., encontró una correlación negativa y estadísticamente significativa con el incumplimiento, no entró a formar parte del modelo de regresión logística. Pero sí es una variable predictora el haber sido parado por la policía durante el confinamiento. Ahora bien, es posible que su introducción en el modelo se deba más a que precisamente la gente que ha salido a la calle y, por lo tanto, ha incumplido haya sido parada más por la policía.

¹³⁴⁰ NIVETTE, A., RIBEAUD, D., MURRAY, A., STEINHOFF, A., BECHTIGER, L., HEPP, U., SHANAHAN, L., y EISNER, M., «Non-compliance...», *ob. cit.*

Por último, y respecto de las variables contextuales, pese a lo que muchos medios de comunicación y manifestaciones públicas por parte de políticos que han sugerido que variables como el tamaño de la vivienda afecta al confinamiento, no lo hace en términos de cumplimiento. Sin embargo, sí se ha encontrado una relación entre el incumplimiento y variables como la cohabitación con varias personas en el mismo domicilio, tener hijos menores a cargo durante el confinamiento, las horas de uso de Internet al día, y, teletrabajar. Sin embargo, las relaciones mostradas eran tan modestas que no hemos podido más que aceptar las hipótesis de forma parcial. Asimismo, ninguna de ellas ha entrado a formar parte del modelo de regresión logística.

Finalmente, no se han encontrado relaciones significativas entre las variables sociodemográficas «nivel de estudios» al igual que en otros estudios¹³⁴¹; ni tampoco respecto de la ideología, en la línea de los hallazgos de VAN ROOIJ *et. al.*¹³⁴², KOOISTRA *et. al.*¹³⁴³ y, KUIPER *et. al.*¹³⁴⁴, y en contra de los hallazgos de KUSHNER, GADARINA, GOODMAN, y PEPINSKY¹³⁴⁵. No obstante, el sexo sí resultó ser una variable que correlacionaba con el incumplimiento, pero estos resultados no pueden ser interpretados sin la debida cautela ya que la muestra presenta un sesgo de género considerable.

¹³⁴¹ PLOHL, N., y MUSIL, B., «Modeling compliance...», *ob. cit.*

¹³⁴² [VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation...», *ob. cit.*](#)

¹³⁴³ KOOISTRA, E. B., FOLMER, C. R., KUIPER, M. E., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «Mitigating COVID-19 in a Nationally...», *ob. cit.*

¹³⁴⁴ KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown...», *ob. cit.*

¹³⁴⁵ KUSHNER GADARIAN, S. S., GOODMAN, W., y PEPINSKY, T. B., «Partisanship...», *ob. cit.*

Antes de finalizar, resulta necesario apuntar a ciertas limitaciones del presente estudio que pueden afectar a las interpretaciones de los resultados. En primer lugar, aunque la muestra está integrada por un tamaño considerable de participantes (N= 1312), se trata de una muestra que no es representativa de la población española, por lo que los resultados no se pueden generalizar. Además, la muestra tiene sesgos en cuanto al género ya que hay muchas más mujeres en la muestra que hombres, y, también respecto del nivel máximo de estudios. Por otro lado, y, a pesar de que las variables se han operativizado siguiendo diferentes estudios en la materia, posiblemente el contexto actual puede haber generado efectos de *deseabilidad social*¹³⁴⁶. No obstante, lo anterior, los resultados del presente estudio pretenden sumarse a los hallazgos sobre el cumplimiento normativo en general, pero en particular en el contexto de la pandemia. En este sentido, tal y como se ha analizado en detalle, si bien es cierto que el enfoque de la disuasión en el contexto del confinamiento más estricto puede desplegar su eficacia, especialmente porque aumenta de manera considerable la certeza percibida del castigo, no es menos cierto que el hecho de que las condiciones de certeza pueden disminuir a medida que avancemos en la desescalada, así como los elevados recursos que supone mantener tales niveles de certeza, quizás deban plantearse otras estrategias preventivas que, con menos recursos, puedan obtener igualmente un mayor cumplimiento de la norma y, al mismo tiempo, reducir la expresión punitiva y el modelo coercitivo en que se basa la prevención general negativa. En todo caso, es necesario investigar el fenómeno del cumplimiento normativo en esta materia superando los límites metodológicos señalado y abriendo nuevas líneas de investigación. Así, en el modelo de regresión de todas las variables planteadas en el estudio solo

¹³⁴⁶ DAoust, J. F., NADEAU, R., DASSONNEVILLE, R., LACHAPELLE, E., BÉLANGER, E., SAVOIE, J., y LINDEN, C., «How to survey citizen's compliance with COVID-19 public health measures? Evidences from three survey experiments», 2020. Preprint disponible en: <https://osf.io/preprints/socarxiv/gursd/>

entraron a formar parte como variables predictoras la gravedad percibida, la certeza percibida de la sanción, la norma descriptiva, la actitud de obediencia a la ley y el haber sido parado por la policía. Solo estas cinco variables pueden explicar el 42% de la varianza ($R^2= 0,241$ [Cox y Snell], 0,421 [Nagelkerke]), porcentaje que no resulta nada desdeñable, pero que sugiere la existencia de otras variables no incluidas en el estudio que también pueden estar detrás del incumplimiento.



ANEXO I

Tabla 7.

Resumen de las variables dependiente e independientes incluidas en el estudio

| | VARIABLE | ÍTEM | ESCALA |
|---------------------------|--|--|---|
| | Cumplimiento informado de la medida de confinamiento | Desde que se decretó el Estado de alarma el 14 de marzo, ¿con qué frecuencia ha salido usted a la calle fuera de los casos permitidos o abusando de los casos permitidos (por ejemplo, ir a comprar más de una vez al día o más de lo necesario, sacar a la calle a mascotas más veces de lo necesario, o cualquier otra situación similar)? | Ninguna vez De 1 a 3 veces De 4 a 6 veces De 7 a 9 veces De 10 a 12 veces De 13 a 15 veces Más de 15 veces |
| Disuasión | Miedo al contagio | A día de hoy, ¿en qué medida tiene miedo de ser contagiado? | 0=No tengo ningún miedo y 10= Tengo mucho miedo |
| | Miedo a contagiar | A día de hoy, ¿en qué medida le preocupa que usted pueda contagiar a otra persona? | 0=No me preocupa en absoluto 10= Me preocupa absolutamente |
| | Severidad percibida | ¿Cuál cree que es la sanción máxima que podría usted recibir por incumplir sin causa que lo justifique su obligación de permanecer en el domicilio? | Ninguna sanción Multa inferior a 100 euros Multa de 100 a 300 euros Multa de 301 a 600 euros Multa de 601 a 1000 euros Multa de más de 1000 euros Prisión de 3 meses a 1 año Prisión de más de 1 año a 5 años Prisión de más de 5 años a 10 años Prisión de más de 10 años |
| | Certeza percibida | ¿Qué probabilidad cree que habría de que le sancionaran a usted si incumple sin causa justificada la obligación de permanecer en su domicilio? | 0=Nada probable 10=Totalmente probable |
| Influencia social | Norma prescriptiva | Piense ahora en las personas de su entorno (familia, vecinos, etc.), ¿en qué medida cree que desaprobaban o se sentirían decepcionados con usted si supieran que ha incumplido sin causa justificada su obligación de permanecer en casa? | 0= No lo desaprobaban en absoluto 10= Lo desaprobaban totalmente |
| | Norma descriptiva | En su opinión, ¿cuánta gente cree que incumple sin causa justificada la obligación de permanecer en casa? | 0= Nadie lo hace 10= Todo el mundo lo hace |
| Legitimidad sustantiva | Juicio moral sobre la conducta | Ahora, pensando en términos morales, es decir, en lo que está bien y lo que está mal, díganos, ¿qué opinión le merece el hecho de salir a la calle injustificadamente durante el Estado de alarma? | 0= No está mal en absoluto 10= Está totalmente mal |
| | Gravedad percibida de la conducta | ¿Cómo de grave le parecería que una persona incumpla sin causa justificada su obligación de permanecer en casa? | 0=No me parece grave en absoluto 10= Me parece absolutamente grave |
| Legitimidad procedimental | Apoyo a la norma adoptada por la autoridad | De forma general, ¿en qué medida apoya usted la decisión de obligar a la mayoría de los ciudadanos, | 0=Me parece totalmente inadecuado 10= Me parece totalmente adecuado |

| VARIABLE | ÍTEM | ESCALA | |
|---|---|---|---------------------------------|
| Apoyo futuro a la continuidad de la norma | salvo excepciones, a permanecer en sus casas durante el Estado de alarma? Como sabe, el Gobierno decretó 15 días más de Estado de alarma, ¿en qué medida apoyaría usted que el Gobierno volviese a decretar, por tercera vez, otros 15 días de Estado de alarma y, por tanto, llegar a los 45 días de confinamiento? | 0= Me parecería totalmente inadecuado 10= Me parecería totalmente adecuado | |
| Haber sido parado por la policía | Durante el periodo que llevamos en Estado de alarma, ¿cuántas veces le han parado los agentes de policía cuando ha salido a la calle, con o sin causa justificada para ello? | No me han parado ninguna vez Me han parado 1 vez Me han parado 2 veces Me han parado 3 veces Me han parado más de 3 veces | |
| Haber sido multado | Durante estos días de Estado de alarma, ¿le han multado por incumplir con su obligación de permanecer en casa? | Sí No | |
| Actitud de obediencia a la ley | A continuación, le vamos a presentar una serie de afirmaciones. Por favor, díganos en qué medida está de acuerdo con ellas 1. Las personas deben obedecer las obligaciones durante el Estado de alarma, incluso si va en contra de lo que creen que es correcto 2. Siempre trato de seguir las obligaciones del Estado de alarma, incluso si creo que no son correctas 3. Desobedecer el Estado de alarma nunca está justificado 4. Si una persona sale a la calle y un policía le dice que se identifique o que se detenga, debe detenerse e identificarse, aunque crea que lo que está haciendo es totalmente legal | 0=Totalmente en desacuerdo y 10= Totalmente de acuerdo | |
| Calificación agentes de la autoridad | P.26. A continuación, se le van a presentar una serie de afirmaciones acerca de los agentes de la autoridad. Por favor, indíquenos en qué medido está de acuerdo con ellas 1. Profesionales y competentes 2. Son respetuosos con el trato a los ciudadanos 3. Son honestos 4. Son eficaces en la persecución de las infracciones estos días 5. Son imparciales en sus actuaciones 6. Son respetuosos con los derechos de los ciudadanos durante estos días | 0=Totalmente en desacuerdo y 10= Totalmente de acuerdo | |
| Factores ambientales o contextuales relacionados con el confinamiento | Personas cohabitantes | P. 34. Número de personas que conviven en el domicilio en el que se encuentra confinado, incluyéndose usted | 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10, más de 10 |
| | Metros cuadrados de la vivienda | P. 35. ¿Cuántos metros cuadrados tiene el | Menos de 25 metros cuadrados |

| VARIABLE | ÍTEM | ESCALA |
|---------------------------------|---|---|
| | domicilio en el que se encuentra confiando? | Entre 25 y 50 metros cuadrados Entre 51 y 75 metros cuadrados Entre 76 y 100 metros cuadrados Entre 101 y 120 metros cuadrados Más de 120 cuadrados |
| Espacio al aire libre | P. 36. ¿Dispone de balcón, terraza, jardín o cualquier espacio al aire libre? En caso de tener varios, seleccione el más grande | No Balcón Terraza Jardón Otro |
| Hijos | p. 37 ¿Tiene hijos o menores a su cargo? | Sí/NO |
| Teletrabajo | P. 42. ¿Se encuentra teletrabajando actualmente? | Sí No |
| Horas de uso de Internet al día | P. 43. Desde que se decretó el Estado de alarma, ¿Cuánto tiempo diría usted que pasa aproximadamente haciendo uso de Internet? | 0 horas al día Entre 1 y 2 horas al día Entre 3 y 4 horas al día Entre 5 y 6 horas al día Entre 7 y 8 horas al día Entre 9 y 10 horas al día Entre 11 y 12 horas al día Más de 12 horas al día |



Tabla 9

Resumen de la sensibilidad y especificidad de las regresiones logísticas binarias

| | Observado | Pronosticado | | % Correcto |
|---------|-----------|--------------|----|------------|
| | | No | Sí | |
| Paso 1 | No | 1091 | 22 | 98 |
| | Sí | 171 | 29 | 14,5 |
| | % Global | | | 85,3 |
| Paso 2 | No | 1084 | 29 | 97,4 |
| | Sí | 158 | 42 | 21 |
| | % Global | | | 85,8 |
| Paso 3 | No | 1078 | 35 | 96,9 |
| | Sí | 148 | 52 | 26 |
| | % Global | | | 86,1 |
| Paso 4 | No | 1070 | 43 | 96,1 |
| | Sí | 142 | 58 | 29 |
| | % Global | | | 85,9 |
| Paso 5 | No | 1069 | 44 | 96,00 |
| | Sí | 133 | 67 | 33,50 |
| | % Global | | | 86,5 |
| Paso 6 | No | 1060 | 53 | 95,2 |
| | Sí | 124 | 76 | 38 |
| | % Global | | | 86,5 |
| Paso 7 | No | 1066 | 47 | 95,8 |
| | Sí | 118 | 82 | 41 |
| | % Global | | | 87,4 |
| Paso 8 | No | 1067 | 46 | 95,9 |
| | Sí | 118 | 82 | 41 |
| | % Global | | | 87,5 |
| Paso 9 | No | 1066 | 47 | 95,8 |
| | Sí | 115 | 85 | 42,5 |
| | % Global | | | 87,7 |
| Paso 10 | No | 1064 | 49 | 95,6 |
| | Sí | 113 | 87 | 43,5 |
| | % Global | | | 87,7 |

Nota: el valor de corte es 0,5



CAPÍTULO IX. FUNCIONAMIENTO Y LÍMITES DEL EFECTO DE LA SANCIÓN PENAL: DISUASIÓN Y DESAFÍO

Este capítulo está compuesto por el siguiente artículo previamente publicado:

- Gómez Bellvís, A. B., y Castro Toledo, F. J., «Los delitos de expresión en redes sociales desde los efectos de la sanción penal», en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, núm. 1, 2022.

Asimismo, se incluye un estudio enviado para su evaluación:

- Gómez Bellvís, A. B., Miró Llinares, F., Piquero, A. L., Piquero, N. L., y Castro-Toledo, F. J., «Certainty, but how certain? Severity, but how severe? A cuasi-experimental study on digital piracy deterrence in a sample of the Spanish population»



ESTUDIO 5. CERTAINTY, BUT HOW CERTAIN? SEVERITY, BUT HOW SEVERE? A QUASI-EXPERIMENTAL STUDY ON DIGITAL PIRACY DETERRENCE IN A SAMPLE OF THE SPANISH POPULATION

1. INTRODUCTION

Intellectual property is one of the most essential goods for any developed society. The concept of «intellectual property» includes the ownership of any creative work resulting from intellectual activity. While it covers several areas such as patents, trademarks, trade secrets or copyright, possibly one of the most widely infringed by the public is copyright through digital piracy behavior¹³⁴⁷. The term «digital piracy», used worldwide, refers to the act of infringing the copyright of creative works, by for example, making an illegal copy of works such as films, music, games, books, television, etc., or by downloading, streaming, stream-ripping, uploading, hyperlinking, etc., without the explicit right holder consent¹³⁴⁸. It is undeniable that the popularization of cyberspace, the democratization of access to computers and the Internet in homes¹³⁴⁹ and the digitalization process that began in the 1960s

¹³⁴⁷ PIQUERO, N. L., «Causes and prevention of intellectual property crime», in ALBANESE, J. S. (ED.), *Intellectual Property Theft and Fraud. Combating Piracy* (pp. 45-72), Transaction Publishers, New Jersey, 2011; PIQUERO, N. L., «Causes and prevention of intellectual property crime», in *Trends in Organized Crime*, vol. 8, num. 4, 2005.

¹³⁴⁸ EDWARDS, T. and BOSSLER, A., «Criminology's contribution to the study of digital piracy», in BROWN, S. C., y HOTL, T. J. (EDS.), *Digital Piracy. A global, multidisciplinary account* (pp. 229-249), Routledge, New York, 2019.

¹³⁴⁹ RYAN, C. L., and LEWIS, J. M., *Computer and internet use in the United States*, US Department of Commerce, Economics, and Statistics

have not only modified consumers consumption habits but has also proliferated the unauthorized exploitation of intellectual property.

Regarding the prevalence, MUSO, an anti-piracy and market analytic technology company that collects data on copyright infringement from the most pirated websites across 196 countries, reported that by 2017 there had been more than 300 billion visits to piracy websites, with the United States leading the way¹³⁵⁰. In the case of Spain, the setting for the current study, the Digital Piracy Observatory revealed that for 2018 there were more than 4,000 illegal accesses to content that produced losses to the industry of almost €2 billion¹³⁵¹, with a significant amount of the illegality centered on downloaded music¹³⁵². And while the EUIPO (European Union Intellectual Property Office) noted a 15% decrease in digital piracy between 2017 and 2018, it also showed that the average European citizen illegally downloaded on average of 9.7 times per month during the first 8 months of 2018¹³⁵³.

Other reports around the world also point to high rates of piracy. For example, UDRIS¹³⁵⁴ reported that out of a sample of over 68,000 students, almost half (47.7%) had downloaded

Administration, Washington DC, 2017; UDRIS, R., «Cyber Deviance among Adolescents and the Role of Family, School, and Neighborhood: A Cross-National Study», in *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 10, 2016.

¹³⁵⁰ See this information available at: <https://www.muso.com/magazine/global-piracy-increases-throughout-2017-muso-reveals>

¹³⁵¹ Report available at: http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ejecutivo-obs.-pirateria-2018_ok-5-de-abril.pdf

¹³⁵² A report by the Institute for Information Law (2018) at the University of Amsterdam suggests that 35% of the Spanish sample in their study had illegally downloaded music.

¹³⁵³ See the report available at: https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/online-copyright-infringement-in-eu/2021_online_copyright_infringement_in_eu_en.pdf

¹³⁵⁴ UDRIS, R., «Cyber Deviance...», *ob. cit.*

without paying and LEVIN *et al.*¹³⁵⁵ noted that over two-thirds of their sample of US students have also downloaded without paying¹³⁵⁶. This high prevalence rate is of significant concern to artists and copyright enforcers because of the high number of people who are admittedly stealing (by illegally downloading) property that otherwise would have generated economic income for the artists and their label companies. Although some studies have questioned the large amounts of losses that companies involved in the issue tend to show¹³⁵⁷, estimates of the economic costs are in the billions, to which other costs such as job losses should be added¹³⁵⁸. To combat this high numbers there has been a method widely used by legislators to tackle down digital piracy: deterrence approach.

Most contemporary legal systems criminalize digital piracy based on assumptions of deterrence theory mainly by focusing attention on increasing the severity of penalties¹³⁵⁹. Thus, legislators and the public appear to believe that the best strategy to adopt in the face of high prevalence and to mitigate the negative economic impact is one that assumes that formal

¹³⁵⁵ LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., and MANOLIS, C., «Deterring illegal downloading...», *ob. cit.*

¹³⁵⁶ See also WILHELM, C., «Investigating Neutralization Strategies in Digital Piracy: The Role of Content Preferences and Social Norms», in *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, vol. 64, num. 2, 2020; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; LEE, B., PAEK, S. Y., and FENOFF, R., «Factors associated with digital piracy among early adolescents», in *Children and Youth Services Review*, vol. 86, 2018.

¹³⁵⁷ KARIITHI, N. K., «Is the devil in the data? A literature review of piracy around the world», in *The Journal of World Intellectual Property*, num. 14, 2011; KIGERL, A. C., «Infringing nations: Predicting software piracy rates, BitTorrent tracker hosting, and P2P file sharing client downloads between countries», in *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 7, 2013; JAIN, S., «Digital Piracy: A Competitive Analysis», in *Marketing Science*, vol. 27, num. 4, 2008.

¹³⁵⁸ LEE, B., PAEK, S. Y., and FENOFF, R., «Factors associated...», *ob. cit.*

¹³⁵⁹ RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión...», *ob. cit.*

sanctions set out in law will motivate people to comply¹³⁶⁰. Ultimately, these laws seek to make the perceived threat of punishment powerful enough to deter undesired behavior.

Across the globe, different governments have used legislative efforts, underpinned by assumptions of deterrence, to deal with piracy. As highlighted by VILLAROEL¹³⁶¹ in the report of the Intergovernmental Copyright Committee, "the traditional measures to combat piracy and unauthorized uses are civil and criminal penalties". To give some examples, Hadopi Law in France criminalized non-commercial copyright infringement¹³⁶². In this regard, users who were detected by the authorities downloading content in an unlawful manner were first warned by an email stating that they were aware of their infringement; the second time the user was detected, a registered letter was sent warning the user that if the behavior persisted, the authorities would refer the matter to criminal prosecution; and finally, if the behavior persisted, the authorities could not only refer the case to criminal prosecution but could also have the user's Internet access terminated¹³⁶³. This was ultimately intended to increase certainty, but also the severity of the sanction.

In 2005, the Finnish Penal Code criminalized the conduct of unauthorized sharing of content even without commercial

¹³⁶⁰ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; AL-RAFEE, S., and ROUBAH, K., «The fight against digital piracy: An experiment», en *Telematics and Informatics*, vol. 27, num. 3, 2006.

¹³⁶¹ VILLAROEL, L., *Piracy: Current trends and non-legislative measures to counteract it*, 2010. Report available at: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187965_eng

¹³⁶² See KOSTER, A., «Fighting Internet Piracy: The French Experience With the Hadopi Law», in *International Journal of Management & Information*, vol. 10, num. 2, 2012.

¹³⁶³ ARNOLD, M., DARMON, E., DEJEAN, S., and PENARD, T., «Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three Strike (Hadopi) Law», 2014. Available at: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.468.948&rep=rep1&type=pdf>

intent¹³⁶⁴, making it an offence to engage in conduct that had not previously been covered by criminal law, thereby increasing the severity of the sanction. In the United States, the *No Electronic Theft Act of 1997* established copyright infringement for commercial purposes, but also for private purposes under the threat of a fine or even imprisonment. On the other hand, under the *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act OCILLA* service providers would be exempted from liability for illegal content on their networks provided that, once discovered, they took the necessary steps to remove such content, also providing that in these circumstances they could suspend the infringers' connection to the network. Under this regulatory framework, providers could also assist copyright holders in their efforts to trace the alleged infringement and take legal action. In this sense, it is possible for the right holders to ask for an amount from \$750 to \$30,000 under the concept of damages to an individual or to a group of individuals for each infringement¹³⁶⁵.

In Spain, since the 1995 Penal Code was enacted, the criminalization of criminal acts as well as the severity of penalties associated with the most serious infringements of intellectual property have been increasing. Similarly, since 1994, the Revised Text of the Intellectual Property Law has been modified on numerous occasions in an attempt to adapt it to copyright infringements¹³⁶⁶. And while non-commercial digital piracy by users had remained immune to prosecution or investigation by the courts, a 2014 change in the Civil Procedure Act allowed and facilitated the investigation and prosecution of this type of digital piracy. This has led, years later, to various law firms sending out letters to a multitude of users who had illegally downloaded content, notifying them of the

¹³⁶⁴ RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión...», *ob. cit.*

¹³⁶⁵ CHOUDHURY, P., and YADAV, S., «Online Piracy and Intellectual Property Laws: A Synthesis», in *International Journal of Law Management & Humanities*, vol. 5, 2022.

¹³⁶⁶ MIRÓ LLINARES, F., *La protección...*, *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES F., «El futuro...», *ob. cit.*

infringement and urging them to reach an out-of-court settlement consisting of the payment of around 400 euros to users, under the threat of taking the case to court (this practice is known as a «copyright trolling»¹³⁶⁷).

Despite the legislative trends of creating laws based on increasing penalties to make the consequences of the infringement more undesirable, the high prevalence of digital piracy continues to occur. As AL-RAFEE and CRONAN stated, «unfortunately, none of these strategies seem to be working»¹³⁶⁸ given that despite the legislator's efforts amending the law to make more powerful the legal threat, the numbers about prevalence of digital piracy behaviors are still high¹³⁶⁹.

As we will analyze in the next section, for more than a decade, a growing body of criminological research has set out to analyze the factors associated with Intellectual Property infringement in cyberspace to assess the effectiveness of deterrence-based prevention strategies by measuring subjects' perceived certainty and severity and their relationship with self-reported compliance and determining the weight of these two variables as measured with self-reported digital piracy. Many of these studies conclude that the legal threat of punishment has little or nothing to do with non-compliance¹³⁷⁰, which can be

¹³⁶⁷ See TASSONE, T., «Mass file sharing lawsuits: Legalized extortion or valid defense of copyright», en *Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet*, vol. 3, num.2, 2012.

¹³⁶⁸ AL-RAFEE, S., and ROUIBAH, K., «The fight against...», *ob. cit.*, p. 238.

¹³⁶⁹ JUGOVIC, S. D., «Piracy is Back: Piracy Statistics for 2022», in *DataProt*, 2022. Available at: <https://dataprot.net/statistics/piracy-statistics/#:~:text=Mobile%20piracy%20is%20on%20the,mobile%20devices%20to%20do%20so.&text=While%20desktop%20devices%20used%20to,music%20content%20via%20mobile%20devices>.

¹³⁷⁰ JENNINGS, K., and BOSSLER, A. M., «Digital Piracy», in HOLT, T., and BOSSLER, A. M. (EDS.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance* (pp. 1-22), Palgrave Macmillan, Cham, 2019; EDWARDS, T. and BOSSLER, A., «Criminology's...», *ob. cit.*; GUNTER, W. D., «Internet

much better explained by other theoretical approaches whose variables have a much greater explanatory weight than the perceived certainty or severity of the sanction, such as social influence, moral attitudes towards digital piracy, etc.¹³⁷¹. However, these studies show that in a normal context the consideration of legal threat in the decision to comply does not take place in the area of digital piracy, but they do not provide information on how the communicative message based on the assumptions of deterrence interacts with people's behavior if it could be guaranteed that subjects perceive the certainty and severity of the sanction. This question can hardly be answered by non-experimental cross-sectional designs that attempt to relate deterrence variables to self-reported compliance, although they are the majority in the criminological literature. Furthermore, although the literature on deterrence has shown that of the two deterrence variables normally analyzed, it is the certainty of the sanction understood as the certainty of being apprehended that has more preventive potential than the simple modification of the severity of the sanction¹³⁷², it is also difficult to determine whether this is also the case in the field of digital piracy in the event that the risk of the sanction of the subjects could be modified. Similarly, it is also important to analyze empirically whether, given a certain certainty, the severity variable is of any relevance, or in other words, whether there is a combination of these two that generates the greatest possible preventive potential at the lowest possible cost. All this information is relevant to inform public policy on how to address the regulation of this phenomenon, beyond other extra-

scallywags: A comparative analysis of multiple forms and measurements of digital piracy», in *Western Criminology Review*, vol. 10, 2009; AL-RAFEE, S., and ROUBAH, K., «The fight against...», *ob. cit.*; among others.

¹³⁷¹ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «¿Por qué...», *ob. cit.*; VAN ROOIJ, B., FINE, A., ZHANG, Y., and WU, Y., «Comparative compliance: Digital piracy, deterrence, social norms, and duty in China and the United States», in *Law & Policy*, vol. 30, num. 1, 2017.

¹³⁷² See in general NAGIN, D. S., «Deterrence in the twenty...», *ob. cit.*; NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., and JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence...*, *ob. cit.*

legal preventive strategies that can be adopted to mitigate high prevalence.

Therefore, this study aims to answer two main questions: the first is to determine to what extent the deterrence variables (certainty and severity) given and known by the participants can affect the intention to illegally download film; the second is to analyze how certainty and also severity should be to achieve the maximum preventive potential.

2. DIGITAL PIRACY AND DETERRENCE: WHAT DO WE KNOW?

According to deterrence theory whose roots go back as far as BECCARIA¹³⁷³, BENTHAM¹³⁷⁴ and FEUERBACH¹³⁷⁵, would-be offenders will be deterred from offending to the extent that sanctions are swift, certain, and severe. But since the Enlightenment authors laid the foundations of deterrence theory, much research has been conducted that has tested the main assumptions of deterrence theory. Although several useful summaries of deterrence theory and ensuing research exist elsewhere¹³⁷⁶, here we highlight some of the key conclusions regarding the punishment characteristics: First, of the three facets of deterrence, sanction certainty appears to have the strongest inhibitory effect on criminal behavior, severity much less so, while the evidence on celerity is too small and mixed to generate any firm conclusion¹³⁷⁷. Second, some studies point out

¹³⁷³ BECCARIA, C., *Tratado de...*, *ob. cit.*

¹³⁷⁴ BENTHAM, J., *An Introduction...*, *ob. cit.*

¹³⁷⁵ FEUERBACH, P. J. A. R. V., *Tratado de...*, *ob. cit.*

¹³⁷⁶ See NAGIN, D. S., «Deterrence and incapacitation», in TONRY, M. (ED.), *Oxford Handbook of Crime and Punishment*, Oxford University Press, New York, 1998; PATERNOSTER, R., «How Much...», *ob. cit.*; PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., and LOUGHRAN, T., «Elaboratin Individual...», *ob. cit.*; NAGIN, D. S., «Deterrence in the twenty...», *ob. cit.*; NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., and JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence...*, *ob. cit.*

¹³⁷⁷ NAGIN, D. S., «Deterrence in the twenty...», *ob. cit.*

that certainty performance has tipping points. Thus, LOUGHRAN *et al.*¹³⁷⁸ set this tipping point at an arrest probability of 0.3. Furthermore, in this study they also found that there is a point at which the effects of certainty begin to diminish, which they placed at 0.7. Specifically, the authors found that when the perceived probability of arrest was between 0.3 and 0.7, a 10% increase in perceived risk resulted in a decrease of more than half of one type of crime. However, when the perceived probability exceeded 0.7, an increase in perceived risk did not reduce the commission of that crime as much¹³⁷⁹. Third, there is a disconnect between person's perceptions of sanction risk (subjective level) and the actual risk of crime being detected and punished (objective level)¹³⁸⁰. Fourth, in order to work, legal threat must affect people's perceptions of the risk of committing a crime¹³⁸¹. Fourth, person's sanction threat perceptions are influenced not only by their own behavior and its consequence but also by their stock of vicarious experiences with punishment and punishment avoidance from peers, family members, and general community¹³⁸².

3. THE STUDY OF DETERRENCE APPLIED TO DIGITAL PIRACY: THE NON-EXPERIMENTAL CROSS-SECTIONAL STUDIES

Most research on digital piracy has mainly focused on analyzing the explanatory factors or variables associated with it and tend to rely on testing different criminological theories or theoretical frameworks that have traditionally been used to explain more traditional crimes. One of the main theories tested this way is deterrence theory, considering that is the strategy that usually

¹³⁷⁸ LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTER, R., PIQUERO, A. R., and POGARSKY, G., «On ambiguity...», *ob. cit.*

¹³⁷⁹ See also LOUGHRAN, T. A., POGARSKY, G., PIQUERO, A. R., and PATERNOSTER, R., «Re-Examining the...», *ob. cit.*

¹³⁸⁰ PATERNOSTER, R., «How Much...», *ob. cit.*

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² APEL, R., «Sanctions, perceptions...», *ob. cit.*

follows those in charge of public policy. Additionally, most of these studies tend to rely on self-reported acts of digital piracy.

Many studies indicate that of all the approaches or theories tested, deterrence has little, or no explanatory power compared to other approaches or theories¹³⁸³. However, similarly to the deterrence research in general, in those studies that do find a significant relationship between the deterrence variables and self-reported piracy or intentions to illegally download, certainty appears to be more important than severity¹³⁸⁴. Some have argued that the lack of deterrence findings in digital piracy is because the context of cyberspace does not lend itself as a place where it is easy to manipulate these variables¹³⁸⁵ while others contend if they could be successfully manipulated, deterrence could work¹³⁸⁶, although both are different perspectives and not necessarily incompatible. One thing is to show that deterrence has its difficulties to promote compliance as a general mechanism because it requires so many things to be effective, and other different thing is to prove that if

¹³⁸³ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., and MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*; PÉREZ-DOMÍNGUEZ, S., CASTRO-TOLEDO, F. J., and MIRÓ LLINARES, F., «Prevalencia...», *ob. cit.*; CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites...», *ob. cit.*; FELDMAN, Y., and NADLER, J., «Expressive law...», *ob. cit.*; SVENSSON, M., and LARSSON, S., «Intellectual Property...», *ob. cit.*; Gunter, W. D., «Internet scallywags...», *ob. cit.*; Al-Rafee, S., and Rouibah, K., «The fight against...», *ob. cit.*; LEE, B., JEONG, S., and PAEK, J. Y., «Determinants of digital piracy using deterrence, social learning and neutralization perspectives», in *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 43, num. 4, 2019; AL-RAFEE, S., and ROUBAH, K., «The fight against digital piracy: An experiment», in *Telematics, and Informatics*, vol. 27, num. 3, 2010.

¹³⁸⁴ HIGGINS, G. E., WILSON, A. L., and FELL, B. D., «An application of deterrence...», *ob. cit.*

¹³⁸⁵ HOLT, T. J., and COPES, H., «Transferring subcultural knowledge online: Practices and beliefs of persistent digital pirates», in *Deviant Behavior*, vol. 31, 2010; MAIMON, D., «Deterrence in Cyberspace: An Interdisciplinary Review of the Empirical Literature», en *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, 2020.

¹³⁸⁶ VAN ROOIJ, B., FINE, A., ZHANG, Y., and WU, Y., «Comparative compliance...», *ob. cit.*

these requirements are met, deterrence could work at some level.

However, while these studies are essential and relevant to understanding the factors that are involved in the decision to download content illegally from the Internet and to test the extent to which deterrence variables may be part of that decision, they suffer from two limitations: first, as mentioned at the before, they do not provide information on the extent to which deterrence variables might actually affect subjects' behavior if knowledge about the risk of punishment could be guaranteed; and second, they suffer from the main criticisms made against studies based on self-report surveys¹³⁸⁷. Therefore, deterrence researchers, after a first approach using self-report questionnaires, and a second one consisting of panel studies, indicated that it was necessary to measure risk perceptions at the moment when potential offenders are about to have to make a decision whether to engage in a behavior or not, just as they pointed out that it was necessary to frame the participant in the specific situation¹³⁸⁸. In this sense, the use of case scenarios and experimental or quasi-experimental designs in which situational characteristics can be manipulated with the aim of analyzing the response of subjects to different incentives and disincentives¹³⁸⁹, in different fields such as influenced driving¹³⁹⁰, sexual assault offences¹³⁹¹, among many others, started to become popular. In the field at hand, such a research design may shed some light on the proposed research questions.

¹³⁸⁷ PATERNOSTER, R., «Perceptual deterrence...», *ob. cit.*

¹³⁸⁸ APEL, R., and NAGIN, D. S., «Perceptual Deterrence», in TONRY, M. (Ed.), *The Oxford Handbook of offender decision making*, Oxford University Press, New York, 2017.

¹³⁸⁹ *Ibid.*

¹³⁹⁰ NAGIN, D. S., and PATERNOSTER, R., «Enduring Individual...», *ob. cit.*

¹³⁹¹ BACHMAN, R., PATERNOSTER, R., and WARD, S., «The Rationality...», *ob. cit.*

4. PREVIOUS EXPERIMENTAL STUDIES ON CERTAINTY AND SEVERITY AS APPLIED TO DIGITAL PIRACY

While there is already a large criminological literature that describes and explains why intellectual property rules are infringed on the Internet, testing different theories and models of enforcement including deterrence theory, experimental studies remain limited.

One of the first studies to analyze digital piracy behavior using an experimental design was HIGGINS, WILSON and FELL¹³⁹². With the aim of analyzing the influence of deterrence variables on software piracy, these authors conducted a study based on a factorial design with two levels of certainty and two levels of severity (2x2) with a sample of 382 students who were randomly assigned to each group. In addition, they took into account other variables such as moral judgement, guilt, shame, social influence (friends and family), past piracy behavior, peer relationships, levels of self-control, and other socio-demographic variables. In this case, their dependent variable was the subjects' reported likelihood of downloading a software program illegally under the circumstances offered in the case scenario. Among their results they found that certainty had a significant negative link with software piracy, the same was not observed with respect to severity.

LEVIN, DATO-ON and MANOLIS conducted two experimental studies focusing on analyzing the effectiveness of two strategies to prevent piracy¹³⁹³. In the first study, deterrence was operationalized by the severity (but not certainty) of the threat (with three levels) as well as the attribution of harm taking into account the victim of the illegal behavior (the artist vs. the record industry). In the second study, they also included subjective

¹³⁹² HIGGINS, G. E., WILSON, A. L., and FELL, B. D., «An application...», *ob. cit.*

¹³⁹³ LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., and MANOLIS, C., «Deterring illegal downloading...», *ob. cit.*

norms in the experiment, controlling as in the first study for the covariate of illegal downloading behavior prior to the study. In a sample of 388 students in the first experiment and 211 in the second, and using the case-scenario technique, they found that there was a significant effect between the threat of punishment and the intention to download illegally, in the sense that more severe threats (more severe sanctions) reduced the intention to download illegally more than weaker threats (less severe sanctions), and this effect was not affected by pre-study illegal downloading behavior. They also found that subjective norms (social influence) appeared to equal those who had downloaded in the past and those who had not under weak threat conditions.

SINHA and MANDEL conducted three experimental studies¹³⁹⁴: one immediately after the RIAA lawsuit against university students in September 2004; a second one year after this study, and a third two years later. In this case, unlike the previous study, the independent variables included, sanction certainty but not severity. The results showed that in the first study, a 10% increase in the probability of being detected downloading only increased the intention to pay for the content by 0.03 dollars. However, the second study showed that for those with a high-risk tolerance, increasing the certainty of the sanction could increase the likelihood of engaging in digital piracy behavior. Finally, in the third study they found that, although increasing certainty may have a limited effect on reducing piracy, strategies offering an extensive and attractive payment alternative were more effective.

DEPOORTER, VAN HIEL and VANNESTE further explored the relationship between deterrence and digital piracy within an experimental design. In this case, the authors also conducted two experimental studies with a sample of 404 students¹³⁹⁵. In both experiments, they manipulated both the severity and

¹³⁹⁴ SINHA, R., K., and MANDEL, N., «Preventing Digital...», *ob. cit.*

¹³⁹⁵ DEPOORTER, B., VAN HIEL, A., and VANNESTE, S., «Copyright...», *ob. cit.*

certainty of sanctions. In the first study, they exposed participants to different combinations of these conditions: low (0.01%) certainty measured as the probability of being punished or high (20%), and low (\$20) or high (\$20,000) severity of punishment per song downloaded. After reading the case scenario, participants were asked to respond to a series of items measuring anti-copyright attitudes; music industry policies; and behavioral adjustment after exposure to the case scenario. In the second study, they also manipulated both variables (high certainty/low severity and high severity/low certainty) controlling for constant expected costs. They observed that the higher the severity or certainty of the sanction, the higher the attitudes against copyright rules were, especially among those participants who were more likely to report having downloaded content in a non-legal way. However, they did find a deterrent effect in the combination of high severity and low certainty was associated with lower intentions to illegally download content.

Finally, WINGROVE, KORPAS and WEISZ¹³⁹⁶ conducted a study after the RIAA announced that it would sue individuals who illegally download content. In their scenario-based study, they manipulated the type of infringing behavior (CD-stealing, illegal downloading, illegal downloading and sharing), in order not only to test which factors were associated with non-compliance but also to answer the question of whether participants viewed the behavior of CD-stealing and illegal downloading or sharing files differently. The 172 students in the sample were randomly assigned to each of the three conditions, and among their variables they measured frequency of past behavior, deterrence variables, user morality, social influence, willingness to obey the law, and respect for the music industry. They found a relationship between self-reported non-compliance and the deterrence variables (certainty), in that the higher the non-compliance, the lower the approval of the other variables, including deterrence. However, the main objective of

¹³⁹⁶ WINGROVE, T., KORPAS, A. K., and WEISZ, V., «Why were millions...», *ob. cit.*

this study was not to analyze the influence of deterrence on digital piracy, but to analyze whether the perception or endorsement of the compliance variables differed depending on whether the behavior was CD theft or digital piracy. In effect, they found that participants were less supportive of compliance variables in the case of online behavior than offline behavior, namely the variables of deterrence, social influence, personal morality and obligation to obey the law.

5. CURRENT STUDY

The main results of the experimental designs manipulating one or both of the two central variables of deterrence theory in relation to digital piracy are mixed, and each of the studies pursued different objectives. Therefore, there is still a need to analyze the extent to which these two variables may influence illegal downloading behavior on the Internet, especially when legislative strategies based on increasing certainty or severity of sanction continue to be adopted. The general aim of this study is to analyze the influence of sanction certainty and sanction severity on the intention to illegally download audiovisual content. The following hypotheses are tested:

H1. *In context of constant severity, the higher the levels of certainty, the lower the probability of downloading the movie.*

H2. *In context of constant certainty, the higher the levels of severity, the lower the the probability of downloading the movie.*

H3. *Past downloading behavior will predict the probability of downloading the movie.*

6. DATA AND METHODS

The sample consists of 1800 participants recruited through a sampling company (Feebbo). All participants recruited in the study were registered with Feebbo, were residents of Spain, and ranged from 18 to 64 years old.

Of these 1800 participants, 51% were male and 49% were female. The average age was 33 ($SD=10.5$). A little less than half (45.7%) reported a university education, and 90.5% reported being subscribed to at least one paid platform (i.e., Netflix). In terms of marital status, 33.2% had a partner, 25.4% were married, 3.7% were married and 3.7% had a spouse¹³⁹⁷.

7. VARIABLES

The dependent variable was the likelihood of illegally downloading a film as presented in a hypothetical scenario, a common technique used in deterrence research¹³⁹⁸. Specifically, after being reading the scenario, participants were asked «given the information you have just been given and if you were in this situation, how likely would you be to download the film that has been recommended to you through this website?» Participants were asked to answer this question on a scale from

¹³⁹⁷ This sample is descriptively similar to the real population in terms of sex. According to the National Institute of Statistics (INE), by 2020 there were 50.9% women (24,140,758 out of a population of 47,344,649). In our sample, women represent 49%, however, we believe that this small deviation is due to the fact that our sample only included participants aged 18 to 65.

¹³⁹⁷ A statistical power analysis was performed for sample size estimation. The effect size (ES) in this study was 0.25. With an alpha = .05 and power = 0.95, the projected sample size needed with this effect size (GPower 3.1) is approximately $N = 420$ for using a one way ANOVA test. Thus, our proposed sample size of $N=1800$ is more than adequate for the main objective of this study.

¹³⁹⁸ See NAGIN, D. S., and PATERNOSTER, R., «Enduring Individual...», *ob. cit.*; PIQUERO, A. R., and TIBBETS, S. G., «Specifying...», *ob. cit.*

0 to 10 where 0=I would be totally unlikely to download it and 10=I would be totally likely to download it.

The primary independent variables were the certainty and severity of the sanction. In the factorial design, four degrees of certainty were included, ranging from zero certainty through low certainty and medium certainty to total certainty. In this sense, certainty was operationalized as the probability that the authorities would detect the offender in each case. In the case of zero certainty, it was conveyed to the participant that according to the application of the sanction of this copyright infringement by the courts there was no chance of detection by the authorities. In the case of low certainty, the participant was told that according to the enforcement of this copyright infringement sanction there was a 20% chance that their infringement would be detected by the authorities, i.e., that 20 out of 100 persons had been detected engaging in the conduct of illegally downloading a film and had been fined accordingly. The medium degree of certainty implied that the participant was told that the probability of being detected by the authorities was 50%, i.e., that 50 out of 100 people had been detected and sanctioned, and finally, in the case of total certainty, the participant was told that this type of infringement had been detected and sanctioned in 100% of cases.

Regarding sanction severity, three levels were considered: low, medium and high severity. In cases of low severity, together with the information corresponding to the certainty of the sanction, it was reported that the sanction for the infringement was 50€ (about 60 USD); in cases of medium severity, the sanction was 500€ (about 595 USD); and, finally, in cases of high severity, the sanction was 5,000€ (about 5,945 USD).

In addition to the above variables, we also controlled for the frequency of illegal downloading of audiovisual content in the last six months. This variable was measured as follows: «In the last 6 months, how often have you downloaded audiovisual

content such as films, series, documentaries, etc. in a non-legal way (through linked websites, streaming websites, through P2P networks such as torrent, through devices such as Kodi, etc.)?». Participants were asked to indicate frequency on a scale of 0 to 10 where 0 = never, and 10 = 10 or more times.

8. SCENARIO

In order to test the hypotheses regarding deterrence, a 3x4 factorial design was carried out combining the three degrees of severity of the sanction and the four degrees of certainty taken into account in this study. The combinations resulted in 12 different groups (see Table 1). Participants were randomly assigned to each case scenario. In this sense, the 1800 participants were randomly distributed among these 12 groups, with the sample of each group being 150 subjects¹.

Table 1.
Summary experimental Factorial design

| | Low severity (50 euros fine) | Medium severity (500 euros fine) | High severity (5000 euros fine) |
|---|---------------------------------|-------------------------------------|------------------------------------|
| Null certainty (no chance of being caught) | Questionnaire 1 | Questionnaire 2 | Questionnaire 3 |
| Low certainty (20% chances) | Questionnaire 4 | Questionnaire 5 | Questionnaire 6 |
| Medium certainty (50% chances) | Questionnaire 7 | Questionnaire 8 | Questionnaire 9 |
| Total Certainty (You are going to be caught 100%) | Questionnaire 10 | Questionnaire 11 | Questionnaire 12 |

The case scenario was as follows:

In the following, we will describe a situation that has happened. Please put yourself in the situation that this happens to you and tell us what you think about it:

Imagine that someone close to you tells you that you should watch a film that has just been released at the cinema because he or she is sure that you will love it. However, you find it too expensive to go to the

cinema and you know of a website where you can find and download for free, but not legally, all kinds of films, including those in the cinema, and other audiovisual content. However, due to the existence of the new copyright law, you know that if the authorities discover that you have illegally accessed this type of audiovisual content, you will be fined 50/500/5000 euros. Nevertheless, the reality is that, according to courts' application of this law, there is no/there is a 20%/50%/100% chance that your copyright infringement will be detected by the authorities. This means that no person/20 out of 100 persons/50 out of 100 persons/100 out of 100 persons have been detected illegally downloading audiovisual content and have not been sanctioned/have been sanctioned with 50/500/5000 euros fine.

After reading this case scenario, participants were asked, given the information they had just read, how likely they were to download the film referred to in the case scenario.

9. RESULTS

Our first hypothesis asked that in context of constant severity, the higher the levels of certainty, the lower the levels of the probability of downloading the film. As shown in Table 2 and Figure 1, we observe differences at the descriptive level in the mean downloading probabilities in the four case scenarios where low severity is held constant (Q1, Q4, Q7 and Q10). A one-way between subjects ANOVA was conducted to compare the effect of the certainty on the likelihood of downloading a movie in null, low, medium and total certainty conditions. There was a significant main effect of the certainty levels on the likelihood of downloading a movie [$F(3)=10.89, p=.000$].

Post hoc comparisons using the Sidak test indicated that the mean score for the total certainty condition ($M=3.03; SE=0.23$) was significantly different than the null certainty ($M=4.7; SE=0.23$) and low certainty ($M=4.27; SE=0.23$) conditions, but the total certainty condition did not significantly differ from the medium certainty condition ($M=3.55; SE=0.23$).

Table 2.
Low severity condition descriptives

| Level of Severity | Conditions | M | SE | 95% Confidence Interval | |
|-------------------|----------------------|-------|-------|-------------------------|-------------|
| | | | | Lower Bound | Upper Bound |
| Low severity | Q1. Null Certainty | 4.757 | 0.231 | 4.304 | 5.21 |
| | Q4. Low Certainty | 4.271 | 0.232 | 3.815 | 4.727 |
| | Q7. Medium Certainty | 3.558 | 0.235 | 3.096 | 4.021 |
| | Q10. Total Certainty | 3.033 | 0.232 | 2.577 | 3.49 |

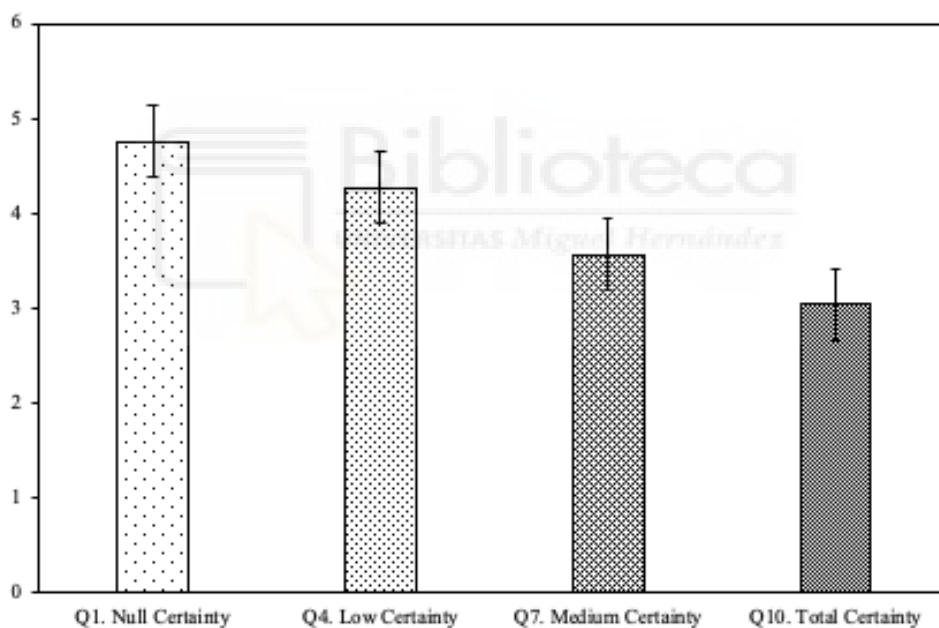


Figure 1. Low severity condition descriptives

Regarding the scenarios in which the average severity was kept constant (Q2, Q5, Q8 and Q11), we observe at the descriptive level (see Table 3 and Figure 2) differences between the four case scenarios in which the average probability of

downloading decreases as the degree of certainty increase in the scenario case. In this case, the results of the one-way ANOVA also show a significant main effect of the certainty levels on the likelihood of downloading a movie [$F(3)=19.17, p=.000$].

In these scenarios, the Sidak test indicated that the mean score for the total certainty condition ($M=2.45; SE=0.22$) was significantly different than the null certainty ($M=4.3; SE=0.22$) and low certainty ($M=3.91; SE=0.22$) conditions, but the total certainty condition did not significantly differ from the medium certainty condition ($M=2.41; SE=0.22$).

Table 3.
Medium severity condition descriptives

| Level of Severity | Conditions | M | SE | 95% Confidence Interval | |
|-------------------|----------------------|-------|-------|-------------------------|-------------|
| | | | | Lower Bound | Upper Bound |
| Medium severity | Q2. Null Certainty | 4.303 | 0.224 | 3.863 | 4.743 |
| | Q5. Low Certainty | 3.915 | 0.223 | 3.863 | 4.353 |
| | Q8. Medium Certainty | 2.412 | 0.223 | 1.973 | 2.85 |
| | Q11. Total Certainty | 2.450 | 0.223 | 2.011 | 2.888 |

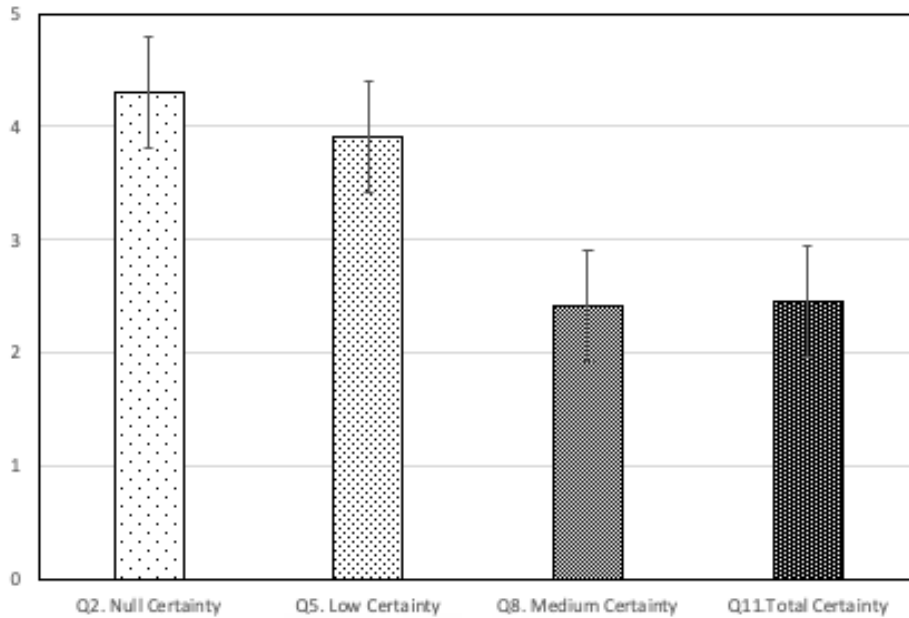


Figure 2. Medium severity condition descriptives

In relation to the last group of scenario cases, we observe at the descriptive level (see Table 4 and Figure 3) a decrease in the mean probability of illegal downloading in the groups where the severity has remained constant (Q3, Q6, Q9, Q12), and the results of the one-way ANOVA show a significant main effect of the certainty levels on the likelihood of downloading a movie [$F(3)=30.68, p=.000$].

According to the Sidak test the mean score for the total certainty condition ($M=2.66; SE=0.21$) did not significantly differ from the medium certainty condition ($M=2.59; SE=0.21$) nor from the low certainty condition ($M=3.18; SE=0.22$), but it did differ from the null certainty condition ($M=5.14; SE=0.21$).

Table 4.
High severity condition descriptives

| Level of Severity | Conditions | M | SE | 95% Confidence Interval | |
|-------------------|----------------------|-------|-------|-------------------------|-------------|
| | | | | Lower Bound | Upper Bound |
| High severity | Q3. Null Certainty | 5.148 | 0.216 | 4.723 | 5.572 |
| | Q6. Low Certainty | 3.189 | 0.22 | 2.756 | 3.621 |
| | Q9. Medium Certainty | 2.596 | 0.216 | 2.171 | 3.021 |
| | Q12. Total Certainty | 2.668 | 0.216 | 2.244 | 3.092 |

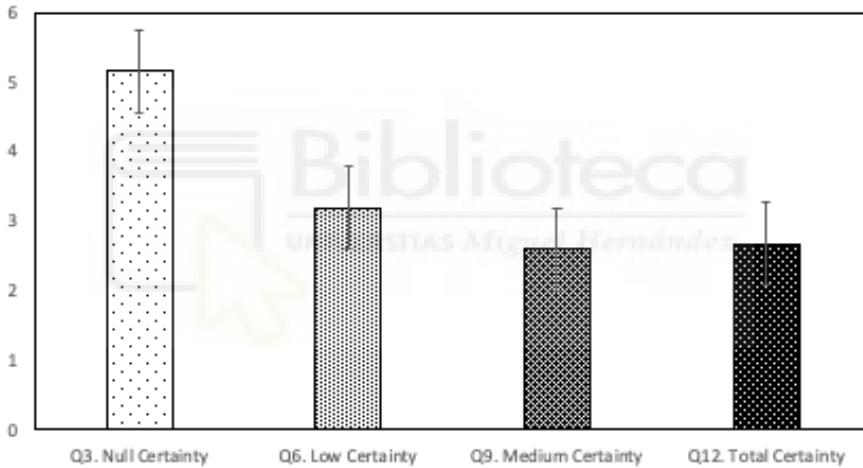


Figure 3. High severity condition descriptives

Our second hypothesis stated that in context of constant certainty, the higher the severity, the lower the probability of downloading the film. If instead of keeping the severity of the sanction fixed, what is kept constant is the certainty of the sanction, as we can see in Table 5, we observe that in a context of zero certainty the average probability of downloading the film does not decrease as the severity of the sanction increases. In this sense, the one-way ANOVA shows that there is no significant main effect between severity levels and the probability of downloading the film [$F(2)=0.948, p=.388$].

In the case scenarios where, low certainty is held constant, we observe that at the descriptive level the means of the probability of downloading in the low severity and medium severity scenarios are similar, but differ from the mean of the high severity scenario. The one-way ANOVA shows that there is indeed a significant main effect between the severity levels and the dependent variable [$F(2)=7.305; p=.001$], and the Sidak test indicates that the mean of the high severity condition ($M=3.094; SE=0.24$) is significantly different from the means of the low severity ($M=4.29; SE=0.23$) and medium ($M=4.21; SE=0.23$) conditions.

In the scenarios where the mean certainty is held constant, we observe that at the descriptive level the mean probability of downloading does decrease as severity increases. The one-way ANOVA indicates that there is a significant main effect [$F(2)=7.476; p=.001$].

Finally, in relation to the case scenarios where high certainty was held constant, we observed that although the mean download probabilities are low, there is no statistically significant difference between the low, medium or high severity conditions [$F(2)=1.02; p=0.361$].

Table 5.
Certainty experimental conditions descriptives

| Level of certainty | Conditions | M | SE | 95% Confidence Interval | |
|--------------------|----------------------|-------|-------|-------------------------|-------------|
| | | | | Lower Bound | Upper Bound |
| Null Certainty | Q1. Low severity | 4.774 | 0.247 | 4.289 | 5.259 |
| | Q2. Medium severity | 4.543 | 0.247 | 4.058 | 5.028 |
| | Q3. High severity | 5.023 | 0.247 | 4.538 | 5.028 |
| Low Certainty | Q4. Low severity | 4.294 | 0.238 | 3.827 | 4.761 |
| | Q5. Medium severity | 4.218 | 0.238 | 3.752 | 4.685 |
| | Q6. High severity | 3.09 | 0.244 | 2.615 | 3.574 |
| Medium Certainty | Q7. Low severity | 3.520 | 0.188 | 3.149 | 3.89 |
| | Q8. Medium severity | 2.767 | 0.186 | 2.401 | 2.133 |
| | Q9. High severity | 2.527 | 0.184 | 2.165 | 2.889 |
| High Certainty | Q10. Low severity | 2.759 | 0.221 | 2.324 | 3.193 |
| | Q11. Medium severity | 2.460 | 0.221 | 2.025 | 2.895 |
| | Q12. High severity | 2.31 | 0.221 | 1.885 | 2.757 |

In order to test our third hypothesis that past downloading behavior will predict the probability of downloading the movie, we estimated a one-way analysis of covariance (ANCOVA).

In the case of the groups where low severity is held constant (Q1, Q4, Q7 and Q10), as can be seen in Table 6 the one-way ANCOVA suggests that the certainty manipulation has a significant effect on the probability of downloading the film after controlling for the frequency of non-compliance [$F(4)=53.469$; $p=.000$]. This model shows an $R^2=0.259$. However, consistent with these data the manipulation of the degree of certainty in these four scenarios where low severity has been

held constant has a $\eta^2=0.052$ while the default frequency variable yields a $\eta^2=0.221$.

For the groups in which mean severity was held constant (Q2, Q5, Q8 and Q11) a one-way ANCOVA suggests in the same sense that the certainty manipulation has a significant effect on our dependent variable after controlling for frequency of non-compliance [$F(4)=47.268$, $p=.000$]. On this occasion, the model yields an $R^2=0.236$. The eta squared value in the case of default is $\eta^2=0.159$, while that for the certainty manipulation is $\eta^2=0.088$ (see Table 6).

Finally, in the groups where high severity was held constant (Q3, Q6, Q9 and Q12) we observed that the one-way ANCOVA shows that the certainty manipulation also had a significant effect after controlling for the default frequency variable [$F(4)=64.805$; $p=.000$] and in this case, the model yielded an $R^2=0.299$ in which the certainty manipulation had a variance ratio of $\eta^2=0.134$ and that of default frequency $\eta^2=0.214$.

Table 6. *Severity experimental conditions ANCOVA summary*

| Condition | Variables | F | Partial Eta |
|-----------------|--------------------------|------------|-------------|
| Low Severity | Non-compliance frequency | 168,387*** | 0,221 |
| | Experimental condition | 10,899*** | 0,052 |
| Medium Severity | Non-compliance frequency | 112,534*** | 0,159 |
| | Experimental condition | 19,175*** | 0,088 |
| High Severity | Non-compliance frequency | 162,424*** | 0,214 |
| | Experimental condition | 30,681*** | 0,134 |

*Significant at the 0.05 level; **Significant at the 0.01 level; ***Significant at the 0.001 level

In order to assess the predictive significance of severity and certainty levels on the likelihood of illegal downloading, as well as the interaction between the independent variables, the decision tree technique was applied with a CHAID growth method. The tree has a depth of 3 and 7 nodes. More specifically, certainty appears as the main predictor variable of the favorable attitude towards illegal download. As the graph shows, the second level of the tree shows four levels of certainty with statistically significant results with respect to the distribution of the likelihood of illegal downloading, with the greatest difference found at node 1 and the smallest at node 4. Also, severity and certainty interact only at node 3, distinguishing in a significant way two subgroups of severity (low and greater than low).

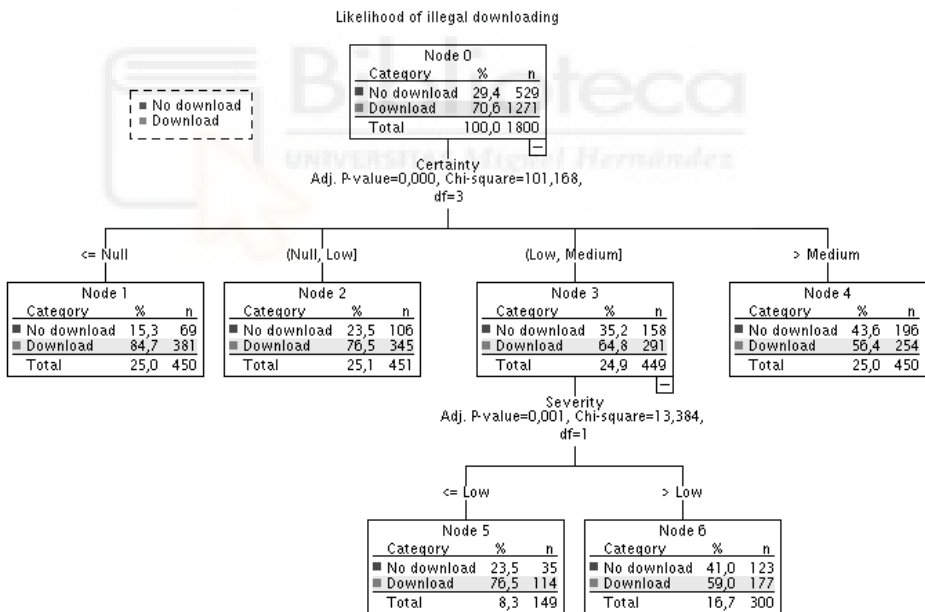


Figure 4. Non-compliance decision tree. Growth: CHAID

In order to observe to what extent the severity manipulation influences the dependent variable if we take into

account the frequency of non-compliance as a covariate, another one-way analysis of covariance (ANCOVA) was carried out, the results of which can be seen in Table 7.

Table 7.
Certainty experimental conditions ANCOVA summary

| Condition | Variables | F | Partial Eta |
|------------------|--------------------------|-----------|-------------|
| Null Certainty | Non-compliance frequency | 65,849*** | 0,129 |
| | Experimental condition | 0,948 | 0,004 |
| Low Certainty | Non-compliance frequency | 101,201** | 0,185 |
| | Experimental condition | 7,305** | 0,032 |
| Medium Certainty | Non-compliance frequency | 242,56*** | 0,352 |
| | Experimental condition | 7,476** | 0,032 |
| Total Certainty | Non-compliance frequency | 93,67*** | 0,174 |
| | Experimental condition | 1,02 | 0,005 |

*Significant at the 0.05 level; **Significant at the 0.01 level; ***Significant at the 0.001 level

Looking at the results of the four one-way ANCOVAs, we observe that in the scenarios where zero certainty is held constant (Q1, Q2, and Q3) the severity manipulation has no significant effect on the outcome variable after controlling for the frequency of self-reported compliance in such a context [$F(3) = 22.514$; $p = .000$] This model yields an $R^2 = 0.126$ in which past behavior has a $\eta^2 = 0.129$ and the severity manipulation a $\eta^2 = 0.004$.

In the assumptions where low certainty is held constant (Q4, Q5, and Q6), we observe that the manipulation did have a significant effect on the dependent variable after controlling for

the self-reported compliance variable [$F(3)=33.859; p=.000$]. The model yields an $R^2=0.180$, in which the manipulation has a $\eta^2=0.032$ and the covariate of $\eta^2=0.185$.

With regard to the case scenarios where average certainty has been held constant (Q7, Q8 and Q9) we observe that the severity manipulation has a significant effect on the dependent variable after controlling for the self-reported compliance variable [$F(3)=103.226, p=.000$]. The model shows an $R^2=.406$, where the severity manipulation has a $\eta^2=0.032$, and the frequency of non-compliance $\eta^2=0.352$.

Finally, in the assumptions where total certainty has been held constant (Q10, Q11 and Q12), we observe that the manipulation has not had a significant effect after controlling for the self-reported compliance variable. Thus, the model has an $R^2=0.170$, in which the frequency of non-compliance has a $\eta^2=0.174$ and manipulation a $\eta^2=0.005$.

10. DISCUSSION AND CONCLUSION

It is undeniable that digital piracy is a crime with significant economic consequences and there is a need to tackle down the high prevalence. The most common strategy applied to counter digital piracy is one based on the principles of classic deterrence theory, that the legal threat of being caught and punished (severely) is enough to prevent individuals from engaging in this crime¹³⁹⁹, but this kind of decisions are not usually evidence based. In this sense, empirical research over the last two decades has been concerned with testing the extent to which deterrence explains digital piracy behaviors, showing that if this strategy has any effect at all it is modest at best while suggesting that

¹³⁹⁹ BOSSLER, A. M., «Perceived Formal and Informal Sanctions in Detering Cybercrime in a College Sample», in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 37, 2021.

other factors do a much better job in explaining digital piracy¹⁴⁰⁰. However, as pointed out above, these studies do not provide information on whether it is possible to influence intentions to download when deterrence variables can be effectively modified. With the aim of filling in this gap, we carried out a quasi-experimental study with a factorial design in which different levels of severity and certainty have been manipulated. The analysis was based on the possible manipulations and interventions that could be used by public institutions that use the deterrence strategy with the aim of assessing its possible effect on the intentions of illegally downloading audiovisual content.

One possible intervention based on deterrence is the manipulation of the certainty of punishment of a conduct that is already criminalized, in this case, digital piracy, but without modifying the severity of the sanction. Thus, we tested the extent to which intentions to illegally download a movie would be reduced if the severity of the sanction remains constant but what is modified is the degree of certainty of being sanctioned that the potential offender has. Our results show that when a constant low and medium severity has been maintained, the lowest levels of intention to download the movie are found in the medium and high certainty scenarios. Moreover, there are no statistically significant differences between these two degrees of certainty. In other words, in contexts of low and medium severity, only the total and medium certainty conditions show the lowest levels of intention to download a movie illegally. In contrast, in a context in which a constant high severity has been maintained, what we observe is that the lowest levels of non-compliance occur in the cases of high, medium and low certainty indistinctly.

Another possible intervention is the manipulation of the severity but keeping the certainty of the sanction constant. This

¹⁴⁰⁰ GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., and MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué...», *ob. cit.*

would be the paradigmatic case of most legislators who, faced with the high prevalence of digital piracy, decide to modify the law to increase the severity of the sanctions associated with these behaviors, but do not modify the perceived certainty of the sanction. This is the paradigmatic assumption because when the penalties are increased, the truth is that no resources are put in place to increase certainty, increases which, moreover, are difficult to implement in the context in cyberspace¹⁴⁰¹. According to our results, in a context of zero certainty, which we could say is the closest context to the current reality in Spain, the manipulation of severity levels does not generate any effect on the intention to infringe. Therefore, no matter how much the severity is increased, if the certainty of the sanction is null, this strategy would not have an impact on the intentions to illegally download content.

In a context where a constant low certainty is maintained, the lowest level of intention to download is found only in the high severity scenarios, i.e., if subjects perceive that there is a 20% chance that their infringement will be discovered and consequently a sanction imposed, only a high severity will have the greatest impact on the intention to download illegally. In a context where medium certainty can be maintained, we observed that the lowest levels of intention to download are found in both the medium and high severity scenarios. Finally, under the ideal assumption of total sanction certainty, the lowest levels of intent to download occur indistinctly in the three assumptions of low, medium and high severity.

In order to assess the magnitude of the effect of the manipulation of the deterrence variables and following the strategy employed by other similar studies¹⁴⁰², covariance

¹⁴⁰¹ MAIMON, D., «Deterrence in Cyberspace...», *ob. cit.*; HOLT, T. J., and BOSSLER, A. M., *Crime sciences series: Cybercrime in Progress: Theory and Prevention of Technology-enabled offences*, Routledge, New York, 2016.

¹⁴⁰² LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., and MANOLIS, C., «Deterring illegal downloading...», *ob. cit.*

analyses were conducted to contextualize the effect of the manipulation controlling for variables of relevance such as the self-reported noncompliance or past download behavior¹⁴⁰³ and assuming that the intention to download in the circumstances offered in the case scenarios may be influenced by the subjects' past experience in performing those same behaviors.

Consistent with our results, we observed that in the covariance analyses performed for both the certainty and severity manipulation, participants' past noncompliance reflects greater significance on intentions to illegally download in the different scenario cases than the deterrence variable manipulation itself. These results suggest that we need to be cautious about the results of the experimental manipulation as they imply that our results are sensitive to the personal context of the participants.

In this study we have found very interesting results on the combination of certainty and severity of the sanction. Specifically, in fixed severity contexts, we found that manipulating certainty influences intentions to download illegally, and the same is true for manipulating severity in fixed certainty contexts. More in detail, we found that if it could be guaranteed that subjects faced with the decision to download a film have a perception of low (€50) or medium (€550) severity, with a perceived certainty of 50% or 100%, it would reduce downloading intentions. Accordingly, if the legislator wanted to maintain a low or medium severity, it would be sufficient to achieve a perceived certainty of 50% (since between the 50% and 100% certainty condition there is no statistically significant difference). Similarly, when the severity is very high (i.e. €5,000 for downloading a film), any of the perceived certainties other than 0 would suffice. That is, with a severity of €5,000 it would be sufficient to make the necessary efforts to bring the perceived certainty to 20%. In the case where only the severity is

¹⁴⁰³ TAYLOR, S. A., «Evaluating digital piracy intentions on behaviors», en *Journal of Services Marketing*, vol. 26, num. 7, 2012.

manipulated because the certainty that can be guaranteed remains constant, it should be noted that effectively in a context of zero certainty, as would be most of the time, the degree of severity is irrelevant. Therefore, modifying the Penal Code or laws against digital piracy to increase the severity of sanctions but without putting resources into increasing perceived certainty are efforts that fall on deaf ears. It would be more aesthetic than effective. When a certainty of 20% (low) can be held constant, then only a high severity has the potential to reduce downloading intentions. As in the previous case, at very high severity participants report less intention to offload even if the probability of being caught is relatively low. In other words, at high severity, if there is even a low chance of being caught, the study participants do not intend to offend. In contrast, when 50% certainty can be maintained, a medium severity (€500) would be sufficient to reduce intentions to offload, and, as in the previous case, with an ideal certainty of 100%, any severity (low, medium, or high) has the capacity to reduce intentions to offload.

In this sense, both severity and certainty could modify the subject's behavior, but the deterrent capacity of severity is conditional on the degree of certainty. Thus, severity would have no effect on intentions to download at the extremes: when certainty is totally zero because subjects would infringe equally regardless of the amount of the sanction, nor when certainty is total because in that case even low severity has the capacity to reduce intentions to discharge. But it would generate different effects on the average values of certainty and where it would be possible to determine the severity of the sanction necessary to generate the maximum preventive effect.

The results of this study are interesting because they do not confirm the literature on deterrence which indicates that severity does not matter in the decision to offend, and only certainty can reduce intentions to engage in antisocial behavior. Thus, the study perhaps most similar to this one by HIGGINS, WILSON and FELL on intentions to illegally download software

finds that of the two variables manipulated (certainty and severity) it is certainty that has a preventive effect, but severity is not as important¹⁴⁰⁴. This leads them to conclude that their results are consistent with the classic literature on deterrence¹⁴⁰⁵.

On the other hand, our results would indicate in line with LEVIN, DATO-ON and MANOLIS that the severity of the sanction does have preventive effects, but they also suggest that for this to be the case, the certainty has to be low or medium¹⁴⁰⁶. The latter, however, is not considered in that study because they do not specifically analyse the certainty of the sanction. In any case, the results on the preventive potential of certain levels of certainty above which severity is important would be in line with what the literature has pointed out about tipping points¹⁴⁰⁷.

Although our results provide an important contribution to the extant, experimental literature assessing deterrence in the digital piracy context, some limitations should be acknowledged. First, although the scenario methodology and the solicitation of intentions is a well adopted strategy, it remains the case that they are intentions and not actual behavior¹⁴⁰⁸. Despite this limitation, the intentions reported

¹⁴⁰⁴ HIGGINS, G. E., WILSON, A. L., and FELL, B. D., «An application...», *ob. cit.*

¹⁴⁰⁵ PIQUERO, A. R., «Beyond Stafford and Warr's reconceptualization of deterrence: Personal and vicarious experiences, impulsivity, and offending behavior», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 39, 2002; SHERIZEN, S., «Can computer crime be deterred? », in *Security Journal*, vol. 6, 1995, among others.

¹⁴⁰⁶ LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., and MANOLIS, C., «Deterring illegal downloading...», *ob. cit.*

¹⁴⁰⁷ LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTE, R., PIQUERO, A. R., and POGARSKY, G., «On ambiguity...», *ob. cit.*; LOUGHRAN, T. A., POGARSKY, G., PIQUERO, A. R., and PATERNOSTER, R., «Re-Examining the...», *ob. cit.*

¹⁴⁰⁸ WRIGHT, B. R., CASPI, A., MOFFIT, T. E., and PATERNOSTER, R., «Does the perceived risk of punishment deter criminally prone individuals? Rational choice, self-control, and crime», in *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 41, num. 2, 2004; HIGGINS, G. E., WOLFE, S. E., and MARCUM,

based on hypothetical scenarios could be understood as a proxy of how the subjects suggest they would react in a given context. Second, an important limitation of our study is that it lacks a scenario in which severity is zero, such as a severity consisting of simply receiving a warning. This implies that we cannot know the influence of certainty on such a severity. Therefore, no conclusions can be drawn from this type of case scenario and such a degree of severity should be included in a subsequent study. Third, although our sample was decidedly based on the general population in Spain, it may also be true that digital piracy as an age-graded crime such that its participation skews toward the younger aged population. Additional analyses should be explored here. Lastly, we focused on one type of piracy and the extent to which these hold for other crime types is an important consideration for future research.

The results of this study provide several public policy implications. First, it is the case that the manipulation of the severity of sanctions through the adoption or modification of laws may have little impact on people's behavior if the certainty of the sanction is left intact, and this would explain why even though laws have been modified prevalence have not been reduced as a consequence of these punitive increases. Secondly, although it is indeed true that providing a perceived certainty sufficient to deter subjects on the Internet is a matter that seems impracticable, it is necessary to bear in mind that the certainty of the sanction does not necessarily have to come from cyberspace itself but can come from physical space, as would be the recent strategy adopted by different law firms in Spain consisting of notifications by letter to offenders indicating that they are aware of the infringement and that, if they do not reach an out-of-court settlement, the case can be taken to court.

C. D., «Digital piracy: An examination of three measurements of self-control», in *Deviant Behavior*, vol. 29, 2008; PIQUERO, N. L., KANVINDE, V., and SANDERS, W., «Factorial surveys and crime vignettes», in VAN ROOIJ, B., and SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance* (pp. 773-779), Cambridge University Press, New York, 2022.

Therefore, being able to manipulate the certainty from the physical space with this type of strategies together with the possibility of legislators to manipulate the only variable of deterrence that can be modified from the law, the severity, it is necessary to analyze how that certainty and severity of the sanction should be to determine what is the most suitable scenarios in terms of efficiency. On the other hand, even in this case, it is also worth noting that, although this approach is intended to be adopted, the influence of deterrence on digital piracy is not a magic formula that will eradicate these behaviors. Therefore, public policies must take into account all the accumulated evidence on the explanatory factors of digital piracy with the aim of adopting other prevention strategies based on empirical evidence.



ESTUDIO 6. LOS DELITOS DE EXPRESIÓN POLÍTICA EN REDES SOCIALES DESDE LOS EFECTOS DE LA SANCIÓN PENAL: ¿EFECTO DISUASORIO O EFECTO DESAFÍO?

1. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS DE EXPRESION POLÍTICA Y LA ESTRATEGIA DISUASORIA DEL LEGISLADOR Y EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPAÑOL

La libertad de expresión es uno de los derechos constitutivos y definitorios de toda democracia que se precie, encontrándose en el fundamento de cualquier modelo democrático¹⁴⁰⁹. Efectivamente, resulta difícil figurar, tanto ideal como prácticamente, una sociedad democrática sin este derecho, y ello porque se entiende, *grosso modo*, que éste es el que permite el libre intercambio de ideas e información necesario para la formación de la opinión pública y la toma de decisiones democráticas¹⁴¹⁰. Sin embargo, más polémica es la cuestión sobre si este derecho tiene límites y si debe en algunas ocasiones supeditarse a otra serie de valores. Al respecto, cabría diferenciar entre dos grandes modelos: el norteamericano en el que se da una importancia preponderante a la libre expresión incluso por encima de determinados colectivos, y el modelo europeo que se acerca más a una democracia «militante», donde en no pocas

¹⁴⁰⁹ NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1993.

¹⁴¹⁰ CARBONELL MATEU, J. C., «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 18, 1995; SMOLLA, R., *Free speech in an open society*, Alfred A. Knopf Inc., New York, 1992.

ocasiones se harán primar otros valores (e.g. dignidad) frente a la libertad de expresión¹⁴¹¹.

En el caso de España, la legislación responde a la lógica del modelo europeo y, en este sentido, la libertad de expresión como derecho fundamental (art. 20 de la Constitución Española de 1978) no es absoluta, sino que está sometida a diversos límites entre los que encontramos los propios del orden penal. En nuestro Código Penal de 1995 podemos encontrar distintos delitos que se pueden realizar por medio de actos de habla. Así, más allá de las injurias y calumnias comunes o las amenazas, nos interesa resaltar lo que, en realidad, se ha denominado como «delitos de expresión» o, más crudamente, «delitos de opinión»¹⁴¹², y que han recibido desde su introducción en el Código Penal hasta la actualidad una lectura muy crítica desde la propia doctrina penal española, puesto que se trata de expresiones que en muchas ocasiones va a ser difícil deslindarlas



¹⁴¹¹ PRESNO LINERA, M. A., y TERUEL LOZANO, G., *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*; VALIENTE MARTÍNEZ, F., *La democracia y el discurso del odio. Límites consistitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020; DOWNS, D. M., y COWAN, G., «Predicting the importance of freedom of speech and the perceived harm of hate speech», en *Journal of applied social psychology*, vol. 42, núm. 6, 2012; ALCÁCER GUIRAO, R., *La Libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

¹⁴¹² MIRA BENAVENT, J., «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de ellos delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo», en PORTILLA CONTRERAS, G., y PÉREZ CEPEDA, A. I. (DIRS.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016; ALASTUEY DOBÓN, M. C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 18-14, 2016; MIRÓ LLINARES F. (DIR.), *Cometer delitos...*, *ob. cit.*; NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 36, 2021; ALCÁCER GUIRAO, R., «Ideas execrables», en QUERALT JIMÉNEZ, J., y CARDENAL MONTRAVETA, S. (DIRS.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022.

de expresiones de crítica política¹⁴¹³. Estos son, esencialmente, el delito de discurso del odio (art. 510 CP), el delito de injurias y calumnias al Rey (arts. 490.3 y 491.1 CP), el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas (art. 578 CP), el de ultrajes a los símbolos del Estado (art. 543 CP) y el delito de ofensa a los sentimientos religiosos (art. 527 CP).

La doctrina penal siempre se ha mostrado especialmente crítica ante estos delitos por considerar que invaden un terreno constitucionalmente otorgado a la libertad de expresión¹⁴¹⁴. Esa crítica, además, se ha hecho mucho más visible en los últimos años a raíz tanto de las reformas del Código Penal en esta materia, como de la popularización de las redes sociales y la judicialización de multitud de expresiones vertidas en estos foros, principalmente Twitter y Facebook¹⁴¹⁵. Escapa de nuestro

¹⁴¹³ E.g., CARBONELL MATEU, J. C., «Crisis del garantismo penal y el papel de los penalistas», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZA, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., y SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. (COORS.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018; MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «Derecho penal y 140...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

¹⁴¹⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Delitos de expresión...», *ob. cit.*

¹⁴¹⁵ MIRÓ LLINARES, F., «Derecho penal y 140...», *ob. cit.*; GÓMEZ MARTÍN, V., «Los delitos de odio en las redes sociales», en *Economist & Jurist*, vol. 25, núm. 213, 2017; GÓMEZ MARTÍN, V., «Delictes d'odi a Twitter i Facebook: els casos de Cassandra Vera i César Strawberry», en *Món Jurídic: Revista de l'Il.lustre Col.legi d'Advocacia de Barcelona*, núm. 313, 2017; GÓMEZ MARTÍN, V., «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018; GÓMEZ MARTÍN, V., «Daño, ofensa y discurso del odio», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Revista de Filosofía Jurídica y Política*, núm. 1, 2021; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación del actual art. 510 en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014; CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2021; CORRECHER MIRA, J., «Límites penales a la libertad de expresión. Sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2019; CORRECHER MIRA, J., «Discurso del odio y

propósito exponer los diferentes debates, posiciones, y matices en torno a los delitos de opinión en la doctrina penal¹⁴¹⁶, pero podríamos decir que hay un cierto consenso doctrinal en torno a la necesidad de descriminalizar la mayoría de este tipo de conductas y restringir la criminalización a aquellas expresiones que por su potencialidad lesiva debieran permanecer en el Código Penal (GEPC, 2019).

Sobre esta cuestión, cabría destacar casos como el de Cassandra Vera, César Strawberry, Valtonyc, Marisol «la roja», el vídeo de «cómo cocinar un Cristo», el de insultar a la bandera de España, o más recientemente el de Pablo Hasél, los cuales han sido los que, gracias a la cobertura mediática, más han puesto en evidencia la tensión del dilema entre la libertad de expresión y otra serie de intereses o bienes jurídicos, así como la desproporcionalidad intrínseca del tratamiento de estas conductas por medio del Derecho penal y lo que esta rama del ordenamiento jurídico trae consigo¹⁴¹⁷.

minorías: Redefiniendo la libertad de expresión», en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 28, 2020; CORRECHER MIRA, J., «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre la libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», en *Diario La Ley*, núm. 9600, 2020; GALÁN MUÑOZ, A., «El delito de enaltecimiento terrorista: ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018; GALÁN MUÑOZ, A., «Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», en *Revista Penal*, núm. 46, 2020; ROLLNERT, G., «Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional», en *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020; entre muchos otros.

¹⁴¹⁶ Véase recientemente: QUERALT JIMÉNEZ, J. J., y CARDENAL MONTRAVETA, S. (DIRS.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022; TEIJÓN, M. (DIR.), *El odio como motivación criminal*, La Ley, Madrid, 2022; MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F. (DIR.), *Cometer delitos...*, *ob. cit.*

¹⁴¹⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expresión», en QUERALT JIMÉNEZ, J. J., y CARDENAL MONTRAVETA, S. (DIRS.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022.

Pese a las críticas que este tipo de delitos ha recibido tanto de la doctrina penal y de los expertos en libertad de expresión como de diferentes actores sociales y organizaciones internacionales¹⁴¹⁸, el legislador español lejos de limitar al mínimo necesario la criminalización de expresiones o aprovechar sucesivas reformas para derogar o restringir estos tipos penales, ha ido modificando éstos últimos y aumentando el ámbito de criminalización, incluso más allá de lo que exigen las normativas europeas¹⁴¹⁹, o proponiendo nuevas criminalizaciones como la «apología del franquismo»¹⁴²⁰.

En este sentido, desde la doctrina penal no solo se argumenta que muchas de estas expresiones no reúnen los requisitos necesarios para autorizar la entrada del Derecho penal (intervención mínima; legalidad y taxatividad; lesividad y materialidad de la acción y proporcionalidad, básicamente), sino que además apelan a que se puede estar generando una disuasión que va más allá de las conductas efectivamente prohibidas y que, por tanto, la ciudadanía puede estar autocensurándose y no manifestando su opinión por miedo a que la misma pueda ser objeto de sanción. Esto es lo que se ha venido denominando tanto jurisprudencial como doctrinalmente el efecto desaliento o *chilling effect*¹⁴²¹.

Ahora bien, en toda esta última discusión en materia de criminalización de determinados discursos en la que se tienen

¹⁴¹⁸ MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

¹⁴¹⁹ VALLS, J., «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVA (DIR.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

¹⁴²⁰ ROIG TORRES, M., «El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021.

¹⁴²¹ TOWNED, J., «Freedom of expression and the chilling effect», en *The Routledge Companion to Media and Human Rights*, Routledge Handbooks, Abingdon, 2017; DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica...», *ob. cit.*; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Cinco tesis...», *ob. cit.*

en cuenta los posibles efectos de la norma penal se dan por sentadas una serie de cuestiones tanto por parte del legislador como por la doctrina penal que, sin embargo, no se apoyan en evidencias empíricas pese a que se trata de asunciones eminentemente fácticas y, por tanto, medibles: la primera, asumida tanto por el legislador como por la doctrina penal, es la relativa al efecto disuasorio que las normas penales tienen sobre la conducta de las personas en este ámbito. La pregunta sería, por tanto, ¿entre las razones por las que las personas cumplen con las normas prohibitivas de determinadas expresiones está el miedo a la sanción penal? La segunda, asumida especialmente por la doctrina, es la relativa al efecto perverso de la autocensura que tiene la norma penal en materia de libertad de expresión: esto es, la norma penal no solamente evitaría que se produzcan determinados discursos tipificados, sino que también evitaría discursos aledaños que quedarían bajo el paraguas constitucional de la libertad de expresión. La pregunta en esta ocasión sería, ¿se autocensuran las personas como consecuencia de las normas penales más allá de lo que éstas últimas prescriben?

Aunque estas cuestiones deberían ser mucho más estudiadas de forma empírica, dada la relevancia de la cuestión y los efectos de la sanción penal que se predicen, los escasos estudios en la materia parecen apuntar hacia una respuesta negativa a ambas preguntas. MIRÓ LLINARES y GÓMEZ BELLVÍS¹⁴²² analizaron si, por un lado, las variables de la disuasión (certeza y severidad percibidas de la sanción formal) estaban relacionadas con el cumplimiento de algunas normas limitativas de la libertad de expresión en redes sociales (amenazas, enaltecimiento del terrorismo, acoso, discriminación, y comentarios de mal gusto); y, por otro, también evaluaron la prevalencia de la autocensura en dichos foros y los motivos de esta. Al respecto encontraron que las variables de la disuasión no tenían prácticamente peso en la decisión de cumplir con las

¹⁴²² MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

normas (excepto una salvedad que a continuación comentaremos), resultados que iban en la línea del estudio previo de BAUTISTA ORTUÑO¹⁴²³. En cuanto a la autocensura, si bien encontraron que era muy prevalente en la muestra y especialmente sobre temas de política, también observaron que entre los principales motivos para autocensurarse no estaba el miedo a algún tipo de sanción formal, sino más bien las creencias sobre cómo otras personas recibirían o evaluarían tales comentarios, más en la línea de lo establecido por la teoría de la espiral del silencio¹⁴²⁴. En este sentido, BEDI también habla del mito del *chilling effect*¹⁴²⁵.

Más allá de lo anterior, y que vendría a poner en duda lo asumido en materia del efecto disuasorio de la sanción penal en el ámbito de la libertad de expresión, MIRÓ LLINARES y GÓMEZ BELLVÍS encontraron una relación de interés por contradictoria con lo que se espera del modelo de la elección racional en el enfoque de la disuasión. En concreto, los autores encontraron con respecto a los comentarios considerados de mal gusto que, además de que eran los que la muestra más informó realizar en redes sociales (40,8 %), una mayor severidad percibida de la sanción de estos estaba relacionada con una mayor realización de este tipo de comentarios¹⁴²⁶.

Los autores hipotetizaban con respecto a este resultado que el mismo sería indicativo de que cuando los ciudadanos consideran que las normas prohibitivas van más allá de lo que los propios ciudadanos consideran moralmente adecuado, éstos deciden no someterse a la restricción de la libertad de expresión, e incluso rebelarse contra la misma al responder con un mayor incumplimiento. No es la primera vez que este tipo de

¹⁴²³ BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un ciberhater...», *ob. cit.*

¹⁴²⁴ NOELLE-NEUMANN, E., «The spiral of silence: A theory of public opinion», en *Journal of Communication*, vol. 24, núm.2, 1974.

¹⁴²⁵ BEDI, S., «The Myth of the Chilling Effect», en *Kelley School of Business Research Paper*, 2021.

¹⁴²⁶ MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

resultados se producen. En este sentido, la literatura criminológica ha venido reportando en diferentes estudios una relación positiva entre el castigo y la realización de algunas conductas delictivas¹⁴²⁷. Con tal hallazgo, se añade una nueva pregunta de investigación relacionada con los efectos de la sanción penal y de la que nos ocuparemos en el presente trabajo: ¿puede la sanción penal generar un incumplimiento en desafío a la norma cuando la misma contenga elementos de injusticia o carezca de legitimidad desde la perspectiva de la percepción de sus destinatarios?

2. LA OTRA CARA DE LA SANCIÓN PENAL: EL EFECTO DESAFÍO

El legislador que ha querido evitar que determinadas expresiones tengan lugar ha tendido a utilizar la estrategia de la disuasión para motivar a los potenciales infractores al cumplimiento. De acuerdo con la teoría de la disuasión, cuyas raíces llegan hasta BECCARIA¹⁴²⁸, BENTHAM¹⁴²⁹ y FEUERBACH¹⁴³⁰, cuanto mayor sea la severidad y certeza percibidas de la sanción por el sujeto, mayores serán los costes del delito y, por tanto,

¹⁴²⁷ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*; PATERNOSTER, R., y PIQUERO, A., «Reconceptualizing deterrence: An empirical test of personal and vicarious experiences», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 32, núm. 3, 1995; PIQUERO, A., y PATERNOSTER, R., «An application of Stafford and Warr's reconceptualization of deterrence to drinking and driving», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 35, 1998; PIQUERO, A., y POGARSKY, G., «Beyond Stafford and Warr's reconceptualization of deterrence: Personal and vicarious experiences, impulsivity, and offending behavior», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 39, núm. 2, 2002; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué incumplen ellas...», *ob. cit.*; DEPOORTER, B., VAN HIEL, A., y VANNESTER, S., «Copyright backlash», en *Southern California Law Review*, vol. 84, núm. 6, 2011.

¹⁴²⁸ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos...*, *ob. cit.*

¹⁴²⁹ BENTHAM, J., *An Introduction...*, *ob. cit.*

¹⁴³⁰ FEUERBACH, P. J. A. R. V., *Tratado de Derecho penal...*, *ob. cit.*

mayor será la tendencia al cumplimiento¹⁴³¹. Esta sería la hipótesis principal de la estrategia disuasoria, aunque, como ha analizado la literatura, el efecto de esta estrategia en la reducción de determinadas conductas está entre la categoría de nulo y modesto¹⁴³². Si bien en el caso de los delitos de opinión las conclusiones al respecto son similares, tal y como hemos discutido anteriormente¹⁴³³, los estudios al respecto también han puesto de manifiesto la importancia de variables de carácter social y del sistema de valores y creencias morales de los sujetos en el cumplimiento de las normas. En no pocas ocasiones, las personas cumplen las normas porque creen que lo que la norma prohíbe es una conducta reprochable y, por tanto, entienden que tal conducta no se debe hacer¹⁴³⁴, así como porque las normas sociales o el modelo de conducta social es tendente a considerar que tales comportamientos no deben llevarse a cabo¹⁴³⁵.

Estas normas sociales y sistema de valores de los ciudadanos, como se ha venido mostrando en la literatura, van a ser también esenciales para la propia legitimidad de la norma penal y que ésta sea cumplida de forma voluntaria¹⁴³⁶. En

¹⁴³¹ NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence...*, *ob. cit.*

¹⁴³² CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites...», *ob. cit.*; PRATT, T. C., *et al.*, «The Empirical Status...», *ob. cit.*; PATERNOSTER, R., «How Much...», *ob. cit.*; NAGIN, D. S., «Deterrence in the...», *ob. cit.*

¹⁴³³ MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*; BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un ciberhater...», *ob. cit.*

¹⁴³⁴ TYLER, T. R., *Why people...*, *ob. cit.*; ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*

¹⁴³⁵ CIALDINI, R. B., y GOLDSTEIN, N. J., «Social influence: compliance and conformity», en *Annual Review of Psychology*, vol. 55, 2004; CIALDINI, R. B., *et al.*, «Managing social norms...», *ob. cit.*; CIALDINI, R. B., KALGREN, C. A., y RENO, R. R., «A Focus Theory...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Crónica de una ineficacia...», *ob. cit.*; GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «La disuasión penal...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*; BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un ciberhater...», *ob. cit.*

¹⁴³⁶ TYLER, T. R., «Public trust and confidence in legal authorities: What do majority and minority group members want from the law and legal authorities?», en *Behavioral Science and the Law*, vol. 19, núm.1, 2001; TYLER, T.

consecuencia, una falta de legitimidad percibida de la norma puede constituir un factor de riesgo para el incumplimiento de esta. Esa conducta de incumplimiento, como posible efecto de la propia sanción penal, no podría explicarse a partir de la teoría de la disuasión, sino que es necesario ir más allá de ella para poder entender la relación entre la sanción penal y la actividad delictiva.

2.1. DISUASIÓN VERSUS ETIQUETAMIENTO: LA TEORÍA DEL DESAFÍO

Desde una perspectiva clásica, han sido dos las teorías criminológicas que han pugnado por la explicación de los efectos de la sanción penal sobre el comportamiento de las personas: la teoría de la disuasión y la teoría del etiquetamiento¹⁴³⁷. Como se mencionaba anteriormente, la teoría de la disuasión explica que el efecto principal de la sanción penal, asumiendo unos niveles adecuados de certeza y severidad, es el de evitar la comisión de conductas delictivas. Por su parte, la teoría del etiquetamiento también realiza predicciones sobre los efectos de la sanción, pero en estos casos la predicción es precisamente la contraria: las sanciones, en la medida en que afectan negativamente a la identidad personal y eliminan oportunidades, crean oportunidades para la comisión de comportamientos desviados y, por tanto, la sanción penal no solo no previene los delitos, sino que puede ser una explicación por la que se cometen¹⁴³⁸. Ambas teorías proponen hipótesis contrarias¹⁴³⁹, y como explica SHERMAN, durante mucho tiempo han mantenido una preeminencia clara en la literatura «exigiendo» la elección por alguna de las dos.¹⁴⁴⁰ No obstante,

R., «Psychological perspectives...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y CASTRO TOLEDO, F. J., «Justicia procedimental...», *ob. cit.*

¹⁴³⁷ OPP, K. D., «The Economics of Crime and the Sociology of Deviant Behaviour: a Theoretical Confrontation of Basic Propositions», en *Kylos*, vol. 42, 1989; SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence...», *ob. cit.*

¹⁴³⁸ SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

¹⁴³⁹ BRAME, R., y PATERNOSTER, R., «Defiance...», *ob. cit.*

¹⁴⁴⁰ SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence...», *ob. cit.*

entre unas teorías y las otras surgen teorías integradoras como es la teoría del desafío, formulada por Lawrence W. SHERMAN. SHERMAN constata, frente a la abundante literatura en materia de las teorías explicativas del crimen, la falta de una teoría en la literatura criminológica que guíe a la investigación empírica en materia de los efectos que produce la sanción. Comprometido con esta tarea, desarrolla la teoría del desafío (*Defiance Theory*) que integra tres teorías relativamente recientes¹⁴⁴¹.

En primer lugar, la teoría del avergonzamiento reintegrador (*Theory of Reintegrative Shaming*) de BRAITHWITE¹⁴⁴²; en segundo lugar, la teoría de la justicia procedimental de TYLER¹⁴⁴³; y, en tercer lugar, la teoría de las emociones y su relación con los vínculos sociales de SCHEFF y RETZINGER¹⁴⁴⁴. Con la integración de todas estas teorías, el cumplimiento o desafío a las normas dependería de cuatro grandes conceptos clave: legitimidad, vínculo social, vergüenza y orgullo¹⁴⁴⁵. Conforme a ello, se pueden realizar tres predicciones sobre los efectos de las sanciones teniendo en cuenta todos los anteriores elementos.

El primero de ellos es el efecto desafío. Las sanciones producirán un efecto de desafío hacia la norma que se puede concretar bien en la persistencia del comportamiento, en infracciones más frecuentes o en una escalabilidad de la gravedad de las conductas delictivas en la medida en que: a) los sujetos experimenten la conducta sancionatoria como ilegítima; b) tengan unos vínculos sociales pobres con la autoridad sancionadora y/o con la comunidad; y, c) no sientan vergüenza por su conducta sino que se sientan orgullosos de no pertenecer a esa comunidad normativa sancionadora¹⁴⁴⁶. El segundo posible efecto es el disuasorio. Las sanciones producirán un

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

¹⁴⁴² BRAITHWAITE, J., «Crime, Shame...», *ob. cit.*

¹⁴⁴³ TYLER, T. R., *Why people...*

¹⁴⁴⁴ SCHEFF, T., J., y RETZINGER, S. M., *Emotions and Violence...*, *ob. cit.*

¹⁴⁴⁵ SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence...», *ob. cit.*

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*

efecto disuasorio que se puede concretar en el desistimiento, en una menor frecuencia de infracciones o en la realización de delitos menos graves en la medida en que: a) el sujeto experimente la conducta sancionadora como legítima; b) tenga buenos vínculos sociales con la autoridad sancionadora y/o con la comunidad; y, c) acepte la vergüenza por su conducta y se sienta orgulloso de la solidaridad de la comunidad¹⁴⁴⁷. Finalmente, la sanción penal también puede dar lugar a efectos irrelevantes. Las sanciones no tendrán efectos, ni preventivos ni criminógenos, en la medida en que factores que producen el desafío y factores que producen disuasión están contrabalanceados¹⁴⁴⁸.

SHERMAN define el «efecto desafío» como el incremento, ya sea en la prevalencia, en la incidencia o en la gravedad de los delitos, producido por el orgullo y la falta de vergüenza hacia la administración de la sanción¹⁴⁴⁹. Si bien más tarde lo redefine como una forma activa de resistencia a una fuerza contrapuesta. Se trata de «un sentido moral de obligación individual o colectivo, incluyendo indignación y empatía»¹⁴⁵⁰. A grandes rasgos, se puede hablar de desafío individual cuando se da ese efecto en un determinado sujeto hacia su propio castigo, o de desafío general si esta reacción se produce en un mismo grupo o colectividad. Asimismo, cabe diferenciar entre desafío directo cuando se realiza un delito contra el agente sancionador, mientras que el indirecto hace referencia a cuando se desplaza a un objetivo que representa indirectamente al agente sancionador¹⁴⁵¹.

Para que la sanción produzca, por tanto, un efecto de rebeldía en el sujeto sancionado deben darse cuatro condiciones: a) la definición de la sanción penal por parte del infractor como

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ SHERMAN, L. W., «Defiance, compliance...», *ob. cit.*, p. 369.

¹⁴⁵¹ SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence...», *ob. cit.*

injusta; b) la existencia de un vínculo muy pobre con el agente sancionador o la comunidad a la que éste último representa; c) la percepción por parte del infractor de la sanción como estigmatizadora, que es una sanción «de autor» y no del hecho; y d) la falta de reconocimiento por parte del infractor de la vergüenza que la sanción penal le ha hecho sentir¹⁴⁵².

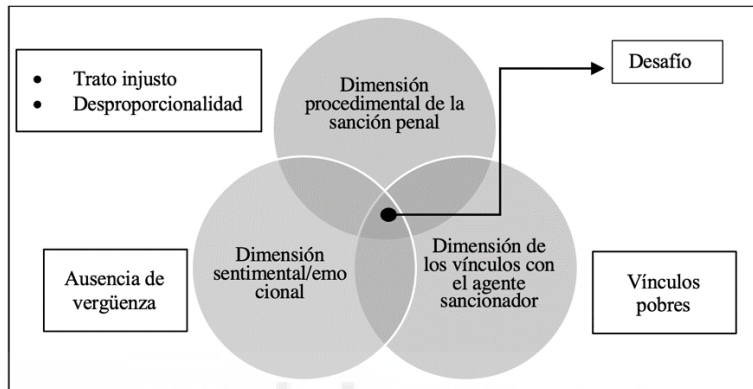


Figura 1. Esquema de las variables que afectan al desafío de la norma

2.2. LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DEL DESAFÍO A LOS DELITOS DE OPINIÓN

En estudios anteriores en materia del efecto disuasorio de la amenaza legal del castigo con respecto a los delitos de opinión, se ha analizado cómo las variables de este enfoque tienen poco que ver con el cumplimiento de estas normas, predominando variables de carácter social y moral. Pero, al mismo tiempo, también se han constatado una serie de cuestiones en este ámbito que merecen atención. La primera es que podríamos decir que el estudio de MIRÓ LLINARES y GÓMEZ BELLVÍS¹⁴⁵³ nos señala una nueva pregunta de investigación sobre los posibles efectos contraproducentes de la sanción penal de determinadas

¹⁴⁵² *Ibid.*

¹⁴⁵³ MIRÓ LLINARES, F, y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

expresiones y relacionados con la legitimidad de la norma; la segunda es el impacto social que han tenido la mediatización de la judicialización de multitud de expresiones ofensivas (pero con un trasfondo de crítica política relevante) junto a la condena de personajes artísticos como los cantantes César Strawberry (posteriormente absuelto por el Tribunal Constitucional español), Valtoryc (quien huyó de la justicia tras haber sido condenado a tres años y seis meses de prisión por expresiones delictivas en sus canciones), o más recientemente Pablo Hasél (quien, además, ha sido condenado por expresiones delictivas en sus canciones o vertidas en sus redes sociales en dos ocasiones, debiendo ingresar en prisión por ellas).

Este impacto social se ha visto reflejado en los propios informes realizados por diferentes organizaciones nacionales e internacionales que señalan el posible retroceso de la libre expresión en España precisamente por este tipo de supuestos¹⁴⁵⁴, pero también con la exposición pública de toda esta serie de casos mediáticos que han dado lugar a debates en la opinión pública sobre hasta dónde debe llegar la libertad de expresión y hasta dónde no.

Especialmente paradigmático de ello resulta el caso de la segunda condena de Pablo Hasél. Este conocido cantante de rap español ya había sido condenado anteriormente por un delito de enaltecimiento del terrorismo (pena que tenía suspendida). En 2018 fue de nuevo condenado por la Audiencia Nacional por tres delitos: injurias a la Corona, injurias a la policía y delito de enaltecimiento del terrorismo (SAN nº 3/2018, de 2 de marzo). Por este último delito fue condenado finalmente a 7 meses de prisión. Esta condena y pena fue confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo y, debido a que ya tenía una condena anterior en estado de suspensión de la pena, tuvo que ingresar en prisión (STS nº 135/2020, de 7 de mayo). Esto último provocó, por un lado, un debate social acalorado en diferentes medios de

¹⁴⁵⁴ Véase una recopilación en MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

comunicación (especialmente en las redes sociales), pero también llegó a generar altercados y desórdenes callejeros en diferentes ciudades del país¹⁴⁵⁵.

Si tomamos como ejemplo este supuesto, resultan de interés dos extremos desde la óptica de la teoría del desafío. El primero es el desafío directo del propio Pablo Hasél, previamente condenado por un delito de expresión como es el de enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas, y que, sin embargo, realiza posteriormente otro tipo de expresiones delictivas conociendo que en caso de condena lo más probable es que tuviera que ingresar en prisión. El segundo es la falta de legitimidad experimentada por parte de todos aquellos que decidieron manifestarse por este caso en contra de la decisión judicial y también del exceso en la criminalización de determinadas expresiones muy cercanas a la crítica política¹⁴⁵⁶.

No es casualidad que poco después de estos hechos el Gobierno español manifestara su intención de reformar el Código Penal para suavizar la pena de alguno de estos delitos y derogar otros tantos¹⁴⁵⁷. Lo que ello puso de relieve fue, de acuerdo con lo explicado antes, la relevancia de la legitimidad de la norma que los ciudadanos le atribuyen a la misma, ya que una erosión de esta, en este caso ocasionada presumiblemente por una serie de condenas y con una gran cobertura mediática por la relevancia pública de los condenados, puede llevar a un desafío tanto directo como indirecto de la norma y la autoridad,

¹⁴⁵⁵ Véase un análisis del caso en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «El segundo “caso Pablo Hásel”», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 20, 2021.

¹⁴⁵⁶ En este sentido, más de 200 personas que trabajan en diferentes ámbitos de la cultura (música, cine, televisión, etc.) firmaron un manifiesto a favor de Pablo Hasél en el que solicitan tanto la libertad del cantante como la reforma del Código Penal para eliminar este tipo de delitos del texto jurídico.

¹⁴⁵⁷ Por ejemplo: <https://elpais.com/espana/2021-02-09/unidas-podemos-propone-derogar-los-delitos-de-injurias-a-la-corona-y-enaltecimiento-del-terrorismo.html>

dañando la propia credibilidad moral del sistema de justicia penal¹⁴⁵⁸.

En este sentido, pese a que la literatura sobre los efectos de la sanción penal en el ámbito de los delitos de expresión es, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, prácticamente nula, el estudio y análisis de estos efectos adquiere especial sentido en el ámbito delictivo que nos ocupa. Si algo caracteriza a este tipo de delitos es la importante carga de crítica política que contienen las expresiones que constituyen delito. Se trata de expresiones que, en última instancia, van a cuestionar la figura del Rey, los dogmas de la fe y la religión, así como la diversidad cultural o los propios símbolos del Estado, entre otras cuestiones. Por ello, el legislador debe tomar especial precaución a la hora de criminalizar y establecer determinadas penas, no solo porque puede resultar discutible la llamada al Derecho penal en este tipo de supuestos desde una perspectiva ética, sino porque se pueden generar efectos contraproducentes. Como explica LEROCH los delitos de expresión, a diferencia de los demás, especialmente de los patrimoniales, no buscan obtener un beneficio económico sino más bien el realizar una declaración que tiene para el que la realiza valor en sí mismo¹⁴⁵⁹. Por ello, abordar este tipo de conductas únicamente desde el enfoque de la disuasión puede ser contraproducente en el sentido de que incluso con ello se haga crecer el valor de lo que se quiere expresar y, por tanto, aumente la disposición a desafiar a una norma y una autoridad a la que, como consecuencia de la sanción penal, se le atribuya cierta ilegitimidad.

¹⁴⁵⁸ ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*; ROBINSON, P. H., «¿Una tregua...», *ob. cit.*

¹⁴⁵⁹ LEROCH, M. A., «Punishment as Defiance: Deterrence and Perverse Effects in the Case of Expressive Crime», en *CESifo Economic Studies*, núm. 60, 2014.

3. ESTUDIO EMPÍRICO

3.1. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

El objetivo general del presente estudio ha sido analizar en qué medida las variables de la teoría del desafío pueden predecir la disposición a incumplir con la norma penal de expresión política en diferentes supuestos de interés actual, así como la probabilidad de desafiar directa o indirectamente a esta norma ante el supuesto de que se hubiera sido objeto de sanción penal por alguna expresión de este tipo. Para la consecución de este objetivo general en cada una de las distintas expresiones analizadas (1) enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas, 2) discriminación o discurso del odio, 3) ofensa a los sentimientos religiosos, 4) injurias a la Corona, 5) e injurias a los símbolos del estado), se han planteado las siguientes hipótesis de acuerdo con los presupuestos de la teoría del desafío:

H1. *Cuanto mayor sea la injusticia percibida de la sanción penal mayor será la disposición a desafiar, así como a desafiar directa e indirectamente a la norma penal de expresión de que se trate.*

H2. *Cuanto mayor sea la percepción de que la sanción penal es estigmatizadora, mayor será la disposición a desafiar, así como a desafiar directa e indirectamente a la norma penal de expresión de que se trate.*

H3. *Cuanto mayor sea la decepción con el agente sancionador, mayor será la disposición a desafiar, así como a desafiar directa e indirectamente a la norma penal de expresión de que se trate.*

H4. *Cuanto mayor sea el sentimiento de enfado por la sanción penal, mayor será la disposición a desafiar, así como a desafiar directa e indirectamente a la norma penal de expresión de que se trate.*

H5. *Cuanto menor sea el sentimiento de vergüenza, mayor será la disposición a desafiar, así como a desafiar directa e indirectamente a la norma penal de expresión de que se trate.*

H6. *Cuanto menor sea el merecimiento de sanción atribuido, mayor será la disposición a desafiar, así como a desafiar directa e indirectamente a la norma penal de expresión de que se trate.*

3.2. DESCRIPCIÓN DE LA MUESTRA

La muestra estuvo compuesta por un total de 400 participantes de España que fueron reclutados a través de una plataforma online (Feebbo Digital), de los cuales el 47% eran hombres y el 53% eran mujeres. La media de edad de la muestra era de 41 años ($DT=13,28$). Asimismo, con respecto a la ideología política, en una escala del 1 al 7, donde 1=extrema izquierda y 7=extrema derecha, de media los participantes se sitúan en el centro ($M=4,03$; $DT=1,51$). Se trata de una muestra probabilística con un nivel de confianza del 95% y un error muestral del 5%.

3.3. VARIABLES DEL ESTUDIO

Para la consecución del objetivo antes señalado y el contraste de las hipótesis se llevó a cabo un estudio no experimental de tipo transversal. El instrumento empleado para ello fue un cuestionario creado *ad hoc* para la medición de las siguientes variables:

- a) Medición del desafío a la norma penal limitativa de la libertad de expresión

Al resultar especialmente difícil poder tomar medidas a tiempo real de un desafío directo o indirecto a la norma en el ámbito de la libertad de expresión, se ha optado por llevar a cabo una medición indirecta. Esta medición indirecta ha consistido básicamente en pedir a los participantes que se sitúen en la situación en la que quieren expresar determinadas ideas, por

medio de la descripción de los delitos evaluados (Tabla 1). En la medida en que se trata de delitos y de expresiones con una importante carga ideológica y política, también se solicitaba a los participantes que trataran de responder a las preguntas al margen de su actual ideología y tendencia política.

Para poder aproximarnos al fenómeno, se tomaron las siguientes tres medidas en torno al desafío a la norma, constituyendo las variables dependientes de nuestro estudio:

- *Disposición a desafiar*: tras explicar a los participantes que este tipo de expresiones pueden ser investigadas por la policía y en diversas ocasiones determinados usuarios de redes sociales han sido condenados a penas de cárcel por haberlas realizado, se les preguntaba en qué medida estarían dispuestos a realizar esas expresiones en redes sociales en una escala del 0 al 6, donde 0=Nada dispuesto y 6=Totalmente dispuesto.
- *Desafío directo*: tras haber respondido a las preguntas de las variables de la teoría del desafío que se explicarán a continuación y en las que se revelaba la pena real que establece el Código Penal para cada una de las expresiones evaluadas, se les preguntaba a los participantes lo siguiente: «Y, ¿con qué probabilidad cree usted que si fuese condenado y sancionado por realizar estas expresiones en redes sociales volvería a hacerlo, aunque teniendo más cuidado de que no le pillen?». Los participantes debían responder en una escala del 0 al 6, donde 0=Nada probable y 6=Totalmente probable.
- *Desafío indirecto*: finalmente, se ha considerado otra forma de desafío que no implique necesariamente un incumplimiento directo de la norma, pero sí la expresión de la ilegitimidad de la sanción penal. Se ha operativizado esta variable mediante el siguiente ítem: «Y ahora póngase en la situación de que ha sido otra persona a la que han condenado penalmente por realizar

alguna de las siguientes expresiones. ¿En qué medida apoyaría usted una manifestación para reclamar la necesidad de descriminalizar estas expresiones del Código Penal?». Los participantes debían contestar a la pregunta en una escala del 0 al 6 donde 0=No lo apoyaría en absoluto y 6=Lo apoyaría totalmente.

Cabe destacar que la comprobación de las hipótesis se hizo por medio del cálculo de regresiones logísticas binarias a partir de la dicotomización de la ocurrencia (o no) de estas tres variables (individualmente). Se descartó la aplicación de modelos de regresión lineal generalizados debido al incumplimiento del supuesto de normalidad de las variables dependientes.

Tabla 1.
Resumen de las conductas evaluadas

| Delito | Descripción de la conducta a los participantes |
|---|---|
| Artículo 578 CP. Enaltecimiento del terrorismo o humillación a sus víctimas | Alguna expresión o acto que implique un deseo, alabanza o justificación de un acto terrorista o violencia o alguna expresión que implique una humillación o menosprecio a las víctimas de actos terroristas |
| Artículo 510 CP. Discurso del odio | Alguna expresión ofensiva y discriminatoria contra alguien o un grupo de gente sobre la base de su ideología política, raza, etnia, nacionalidad, sexualidad o género. |
| Artículo 490.3 y 491.1 CP. Injurias al Rey | Alguna expresión o acto ofensivo que menosprecie el honor del Rey o a la monarquía |
| Artículo 543. Ultrajes a los símbolos del Estado | Alguna expresión o acto ofensivo contra la bandera de España, el himno o el escudo nacional. |
| Artículo 527 CP. Ofensa a los sentimientos religiosos | Alguna expresión o acto que pueda ser ofensivo para las personas que profesan una determinada religión. |

b) Medida de las variables de la teoría del desafío

Para medir las variables relacionadas con la actitud de desafío a la norma propuestas por SHERMAN¹⁴⁶⁰, y tras responder anteriormente en qué medida estarían dispuestos a expresar mensajes coincidentes con la descripción ofrecida en caso de que estuvieran convencidos de esa idea, se les indicaba que esas expresiones se encuentran criminalizadas en el Código Penal español, se les explicaba que el usuario investigado y condenado por ellas se enfrenta a las penas que el Código Penal establece y se les mostraba los correspondientes marcos penológicos. Una vez más, se les pedía que, con independencia de sus actuales ideas políticas e ideología, se pusieran en la situación de que ellos hubieran realizado tales expresiones y hubieran sido investigados y condenados penalmente por ellas. A continuación, se les preguntaba por los siguientes extremos relacionados con las variables establecidas por Sherman en su teoría del desafío¹⁴⁶¹:

- *Percepción de la sanción como estigmatizadora*: para medir esta variable se empleó el siguiente ítem: «¿En qué medida cree que la sanción es estigmatizadora, es decir, que con el castigo penal de esas expresiones se le estaría señalando y excluyendo del debate público?». Los participantes debían responder por cada una de las expresiones en una escala del 0 al 6 donde 0=Nada estigmatizadora y 6=Totalmente estigmatizadora
- *Percepción de la sanción como justa*: en este estudio se ha optado por identificar cómo de justa es la sanción en función de si la misma se considera proporcional o no, ya que, en la medida en que lo normal es que la muestra no haya pasado por una detención, investigación y enjuiciamiento penal, no se ha considerado la variable relativa a la justicia procedimental. De conformidad con ello, para medir

¹⁴⁶⁰ SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence...», *ob. cit.*

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

esta variable se empleó el siguiente ítem: «Y, ¿en qué medida le parece justa (es decir, proporcional) la sanción que se le impondría si fuera usted el que realizara alguna de esas expresiones y fuera investigado y condenado penalmente?». Los participantes debían responder en una escala del 0 al 6 donde 0=Nada justa y 6=Totalmente justa.

- *Sentimiento de vergüenza*: esta variable ha sido operativizada en el siguiente ítem: «Y, una vez que hubiera sido sancionado y castigado, ¿en qué medida cree usted que se sentiría avergonzado/a de haber realizado esas expresiones?». Los participantes tenían que responder en una escala del 0 al 6 donde 0=No me sentiría nada avergonzado y 6=Me sentiría totalmente avergonzado.
- *Merecimiento de la sanción*: si bien esta variable no está presente entre las que propone Sherman en la teoría del desafío¹⁴⁶², a nuestro juicio, queda implícito que aquel que es sancionado de forma legítima, no solamente siente vergüenza, sino que reconoce que lo que ha hecho está mal y, por tanto, entiende que el castigo es merecido. En este sentido, esta variable fue operativizada mediante el siguiente ítem: «Si usted hubiera realizado alguna de las siguientes expresiones y hubiera sido condenado con la correspondiente sanción, ¿en qué medida pensaría que habría actuado mal y que, por tanto, merecería esa sanción?». Los participantes debían responder en una escala del 0 al 6 donde 0=No me lo merecería en absoluto y 6=Me lo merecería totalmente.
- *Sentimiento de enfado*: otro sentimiento que puede producir la sanción que se considera injusta es precisamente el enfado. Esto es, no solo es posible

¹⁴⁶² *Ibid.*

observar la ausencia de vergüenza o de reconocimiento del mal causado, sino que la sanción puede producir enfado cuando se considera injusta o ilegítima. Se trata de medir esa indignación a la que alude Sherman por la sanción penal¹⁴⁶³. En este sentido, se ha operativizado esta variable con el siguiente ítem: «¿En qué medida cree usted que, si fuese condenado y sancionado por realizar alguna de estas expresiones en redes sociales, se sentiría enfadado con la justicia porque considera que usted no debería haber sido sancionado?». Los participantes tenían que responder a esta pregunta en una escala del 0 al 6 donde 0=No me sentiría nada enfadado y 6=Me sentiría totalmente enfadado.

- *Vínculo con el agente sancionador*: otra variable explicativa de una actitud desafiante sería un vínculo pobre con el agente sancionador. Teniendo en cuenta el ámbito específico que estamos evaluando y que, a nivel abstracto, en la medida en que lo normal no es llegar a un proceso penal, bien sea porque las expresiones no son investigadas o porque los agentes de la autoridad no tienen conocimiento de estas, el agente sancionador sería el Estado que prohíbe la expresión de determinados mensajes. En este sentido, se ha evaluado la erosión del vínculo con el agente sancionador mediante el siguiente ítem: «¿En qué medida se sentiría usted decepcionado con el sistema o con el Estado si usted fuera condenado y sancionado por alguna de estas expresiones?». Los participantes debían responder a la pregunta en una escala del 0 al 6 donde 0=Nada decepcionado y 6=Totalmente decepcionado.

c) Medidas de control

¹⁴⁶³ *Ibid.*

A las dificultades de validez ecológicas añadidas a la medición de este fenómeno se añade el hecho de que este tipo de expresiones tienen un fuerte componente ideológico y, por tanto, con el objetivo de tener en cuenta cuantas variables afecten al desafío, se han controlado las siguientes:

- *Incumplimiento previo*: para medir esta variable se les hacía la siguiente pregunta a los participantes: «En alguna ocasión, ¿ha realizado algunas de las siguientes expresiones a través de redes sociales?». Los participantes debían responder en una escala tipo Likert de tres puntos: nunca; alguna vez; muchas veces.
- *Ideología política*: esta variable se ha medido con el siguiente ítem; «Cuando se habla de política se suelen utilizar los términos “izquierda” y “derecha”. En una escala del 1 al 7 donde 1=Extrema izquierda y 7=Extrema derecha, ¿en qué punto de este eje político se situaría usted?»
- *Religiosidad*: se ha controlado la profesión de la religión de la muestra mediante el siguiente ítem extraído de las encuestas del CIS (e.g. barómetro febrero de 2022, pregunta 35): «¿Cómo se calificaría usted en materia religiosa?». Los participantes debían optar por alguna de las siguientes respuestas: a. católico/a practicante; b. católico/a no practicante; c. creyente de otra religión y practicante; d. creyente de otra religión y no practicante; e. agnóstico/no creyente; f. indiferente; g. ateo/a.
- *Conservadurismo*: estudios sobre las características y factores actitudinales de las personas hacia la libertad de expresión muestran que los conservadores tienden a aceptar más los límites a la libre expresión que los

liberales¹⁴⁶⁴. En este sentido se ha optado por controlar también el grado de conservadurismo de la muestra. Su medición se ha llevado a cabo por medio del siguiente ítem que es el resultado de la adaptación de la pregunta 177 de la *World Values Survey* de la oleada de 2017-2021: «¿En qué medida le parecen aceptables las siguientes cuestiones si 0=Totalmente inaceptable y 6=Totalmente aceptable»? Los participantes debían indicar el grado de aceptabilidad sobre las siguientes cuestiones: a. la pena de muerte; b. el multiculturalismo; c. las penas de cárcel duras; d. la eutanasia; e. el matrimonio entre personas del mismo sexo; f. el sexo antes del matrimonio; g. la inmigración; h. la autoridad de la Iglesia; i. el aborto; j. la prostitución; k. los toros. Con objeto de calcular las ecuaciones de regresión logística, se decidió crear una medida agregada de conservadurismo a partir de la media de las variables antes descritas, transformando la escala a 0= totalmente conservador a 6 = totalmente liberal. En cuanto a la confiabilidad interna del nuevo constructo, este obtuvo un alfa de Cronbach de 0,773.

- *Valor personal de la monarquía*: se ha controlado el valor que para la muestra tiene esta figura con el siguiente ítem: «En una escala del 0 al 6, donde 0=Nada importante para mí y 6=Absolutamente importante para mí, ¿cómo de importante es para usted la figura del Rey y de la monarquía?».
- *Valor personal de los símbolos del Estado*: igualmente se ha controlado el valor que atribuye la muestra a los símbolos del Estado con el siguiente ítem: «Y, en una escala del 0 al 6 donde 0=nada importante para mí y

¹⁴⁶⁴ ÁLVAREZ, M. J., y KEMMELMEIER, M., «Free speech as a cultural value in the United States», en *Journal of Social and Political Psychology*, vol. 5, núm. 2, 2017.

6=Absolutamente importante para mí, ¿cómo de importantes son para usted los símbolos del Estado (i.e. el himno nacional, la bandera, el Escudo)?».

- *Actitud hacia la libertad de expresión*: ante el posible efecto moderador con respecto al apoyo a la criminalización de determinadas expresiones que puede tener qué actitud y posición se mantiene con respecto a la libertad de expresión, se ha empleado una adaptación de la escala de apoyo hacia la libertad de expresión utilizada previamente en otros estudios¹⁴⁶⁵. Los participantes debían responder el grado de acuerdo con los siguientes ítems en una escala del 0 a 6 donde 0=Totalmente en desacuerdo y 6=Totalmente de acuerdo: «a. La libertad de expresión es esencial en una democracia. b. En general, la libertad de expresión es algo que yo valoro mucho. c. Debería ser ilegal que empresas privadas y organizaciones no gubernamentales (i.e. las redes sociales) puedan restringir la libertad de expresión. d. Que el Estado prohíba determinadas expresiones es un abuso de poder. e. Las personas deben poder expresar ideas y opiniones, aunque sean hirientes, ofensivas o de mal gusto sin temer que la sancionen. f. Las personas deben poder expresar ideas políticas bajo cualquier circunstancia, aunque expresen ideas que vayan en contra de la democracia. g. Censurar determinadas expresiones demuestra que las autoridades tienen miedo de lo que la persona censurada tiene que decir». Para calcular las ecuaciones de regresión logísticas, se decidió crear una medida agregada de actitud hacia la libertad de expresión a partir del promedio de las variables

¹⁴⁶⁵ GUO, L., y JOHNSON, B. G., «Third-Person Effect and Hate Speech Censorship on Facebook», en *social Media+Society*, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/2056305120923003>

descritas. En cuanto al nivel de confiabilidad de esta escala, el valor de alfa de Cronbach fue de 0,9.

- *Apoyo a la criminalización*: Atendiendo a que el Código Penal español se inserta en la lógica del modelo europeo de regulación de la libertad de expresión, se ha de tener en cuenta que esta cultura de la protección de otros valores considerados esenciales por encima de la libertad de expresión en determinados casos pueda jugar un determinado papel en el desafío de la norma. Esto es, para las personas que crean que estas expresiones deben caer bajo el paraguas del Derecho penal, es posible que sean menos tendentes a desafiar la norma con la que están de acuerdo. En este sentido, el apoyo a la criminalización se ha operativizado por medio del siguiente ítem: «Y, para finalizar, en su opinión ¿en qué medida deberían ser delito estas expresiones?». Los participantes debían contestar a esta pregunta en una escala del 0 al 6 donde 0=No deberían ser delito nunca; 6=Deberían ser delito siempre.

4. RESULTADOS

4.1. RESULTADOS DESCRIPTIVOS DE LAS VARIABLES DEPENDIENTES Y EL INCUMPLIMIENTO PREVIO

Si atendemos, en primer lugar, a la prevalencia de los mensajes ofensivos en redes sociales evaluados (Figura 2), los valores no son nada desdeñables, especialmente si las comparamos con estudios anteriores donde las prevalencias eran mucho menores¹⁴⁶⁶. En este sentido, el 13,5% de la muestra informa haber realizado alguna vez comentarios de enaltecimiento al terrorismo o de humillación a sus víctimas, el 20,75% admite haber realizado expresiones discriminatorias, el 17,25% informa haber emitido expresiones injuriosas contra los símbolos nacionales españoles, el 17,5% contra los sentimientos religiosos, y 22,3% afirma haber injuriado a la Corona en redes sociales.

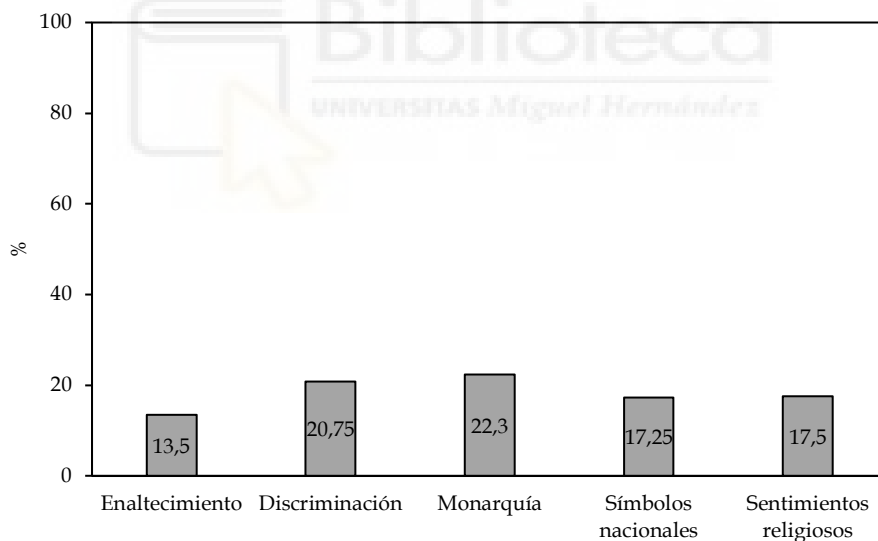


Figura 2. Porcentaje de incumplimiento de las distintas normas de expresión en redes sociales.

¹⁴⁶⁶ BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un ciberhater...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

Siguiendo con la descripción de las variables dependientes, como se puede observar con más detalle en la Tabla 2, se advierte una tendencia con respecto a todas las conductas evaluadas. Esta es, en todos los casos la prevalencia va de menor a mayor, siendo la menor la disposición a desafiar (cerca del 60% de la muestra en las distintas conductas), seguida del desafío directo (en torno al 70% de la muestra en cada tipo de expresión), dándose los mayores valores en las prevalencias por desafiar indirectamente. De hecho, en el caso de lo que en este trabajo se ha considerado como desafío indirecto, esto es, apoyar una manifestación en contra de estos delitos, los valores recogidos han sido próximos al 80%.

Tabla 2.

Descriptivos de las tres variables dependientes y el incumplimiento previo.

| Conducta | Variable | N | % |
|-------------------------|------------------------|-----|-------|
| Enaltecimiento | Incumplimiento previo | 54 | 13,5 |
| | Disposición al desafío | 223 | 55,75 |
| | Des. directo | 270 | 67,5 |
| | Des. Indirecto | 302 | 75,5 |
| Discriminación | Incumplimiento previo | 83 | 20,75 |
| | Disposición al desafío | 237 | 59,25 |
| | Des. directo | 279 | 69,75 |
| | Des. Indirecto | 303 | 75,75 |
| Corona | Incumplimiento previo | 89 | 22,3 |
| | Disposición al desafío | 263 | 65,8 |
| | Des. directo | 293 | 73,25 |
| | Des. Indirecto | 320 | 80 |
| Símbolos nacionales | Incumplimiento previo | 69 | 17,25 |
| | Disposición al desafío | 262 | 65,5 |
| | Des. directo | 293 | 73,25 |
| | Des. Indirecto | 320 | 80 |
| Sentimientos religiosos | Incumplimiento previo | 70 | 17,5 |
| | Disposición al desafío | 241 | 60,25 |
| | Des. directo | 274 | 68,5 |
| | Des. Indirecto | 303 | 75,75 |

4.2. RESULTADOS DE LAS REGRESIONES LOGÍSTICAS

Con el objetivo de determinar la contribución de las variables de la teoría del desafío a la predicción de la disposición a incumplir la norma, desafiar directa o indirectamente a la misma se calcularon 15 regresiones logísticas binarias. A continuación, se exponen los resultados de estas modelizaciones:

Enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas

La primera regresión logística binaria calculada respecto a la conducta de realizar «alguna expresión o acto que implique un deseo, alabanza o justificación de un acto terrorista o violencia o alguna expresión que implique una humillación o menosprecio a las víctimas de actos terroristas», mostró que existe una relación significativa entre las variables estigma, vergüenza, decepción, criminalización, conservadurismo e incumplimiento previo y la disposición a desafiar, explicando un 38,2% de la varianza del fenómeno de la disposición a desafiar. En este sentido, cuanto mayor es la percepción de que la sanción penal sea estigmatizadora, menor sea el sentimiento de vergüenza por la sanción penal, mayor sea la decepción que se siente con respecto al Estado, menos se entienda que estas expresiones deben ser delitos, menos conservador se sea y se hayan realizado con anterioridad tales expresiones, mayor es la probabilidad de una disposición a desafiar la norma.

En el caso del desafío directo (probabilidad de volverlo hacer si se hubiera sido sancionado penalmente, pero con más cuidado para no ser detectado), son variables predictoras la percepción de que la sanción penal es injusta; el sentimiento de decepción con el Estado; la opinión de que este tipo de delito no debería ser delito; y también un menor conservadurismo. Este modelo explica el 48,4% de la varianza del desafío directo.

Por último, en cuanto al desafío indirecto, es decir, el apoyo a una posible manifestación para la descriminalización de

estas expresiones en caso de que otra persona hubiera sido sancionada penalmente, son variables predictoras la percepción de que la pena es injusta; la decepción con el Estado; y la opinión sobre la criminalización, explicando el 45% de la varianza.

Con respecto a estos tres modelos caben destacar dos cuestiones: la primera, que para la variable relativa a la disposición a desafiar el modelo incluye muchas más variables que en los otros dos, e incluso con ello arroja una R^2 inferior que en los otros dos casos. Por otro, que tanto en el desafío directo como en el indirecto son variables predictoras y en el mismo orden que la sanción penal sea percibida como desproporcional; una decepción con el agente sancionador y, también, la opinión sobre si la conducta debe ser delito. Asimismo, con menos variables, estos modelos explican el 48,4% y el 45% de la varianza. Esta información se encuentra recogida en la Tabla 3.

Tabla 3.
Resumen de las regresiones logísticas binarias calculadas para las conductas de enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas

| Disposición a desafiar | | | Desafío directo | | | Desafío indirecto | | |
|------------------------|--------|----------------|--------------------|--------|----------------|--------------------|--------|----------------|
| Variable | B | R ² | Variable | B | R ² | Variable | B | R ² |
| Estigma* | 0,195 | 0,382 | Justa*** | -0,283 | 0,484 | Justa*** | -0,239 | 0,45 |
| Vergüenza*** | -0,280 | | Decepción*** | 0,787 | | Decepción*** | 0,575 | |
| Decepción*** | 0,636 | | Criminalización*** | -0,315 | | Criminalización*** | -0,451 | |
| Criminalización*** | -0,385 | | Conservadurismo* | -0,257 | | | | |
| Conservadurismo*** | -0,328 | | | | | | | |
| Incumplimiento previo* | 0,921 | | | | | | | |

Nota: Wald significativo a * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,001$

Discriminación y discurso del odio

En relación con las expresiones «ofensivas y discriminatorias contra alguien o un grupo de gente sobre la base de su ideología política, raza, etnia, nacionalidad, sexualidad o género», la primera regresión logística calculada muestra que son variables predictoras de la disposición a desafiar el grado de conservadurismo, el incumplimiento previo, la percepción de que la sanción penal es injusta, la sensación de vergüenza y la decepción con el Estado. Este modelo explica el 31,7% de la varianza.

En cambio, con respecto al desafío directo de esta norma son variables predictoras la percepción de que la pena no es justa, la percepción de que la pena no es merecida y la decepción con el Estado. Estas tres variables predictoras explican el 36,5% de la varianza.

Por último, en el caso del desafío indirecto, son variables predictoras la percepción de la sanción como estigmatizadora, la percepción de que la sanción es injusta, entender que la sanción no es merecida y, finalmente, la decepción con el Estado. Este modelo explica el 44,3% de la varianza.

Al igual que en el caso anterior, en este también se da la característica de que la regresión logística de la disposición a desafiar requiere de más variables, mientras que, para el desafío directo e indirecto, son menos las variables predictoras y las R^2 son superiores. Además, en estas dos últimas variables, coincide en que son variables predictoras la percepción de justicia, el merecimiento de sanción y la decepción con el Estado. Esta información se encuentra recogida en la Tabla 4.

Tabla 4.

Resumen de las regresiones logísticas binarias calculadas para las conductas de discriminación y discurso del odio.

| Disposición a desafiar | | | Desafío directo | | | Desafío indirecto | | |
|------------------------|--------|----------------|-----------------|--------|----------------|-------------------|--------|----------------|
| Variable | B | R ² | Variable | B | R ² | Variable | B | R ² |
| Conservadurismo*** | -0,318 | 0,317 | Justa*** | -0,280 | 0,365 | Estigma* | 0,216 | 0,443 |
| Incumplimiento previo* | 0,594 | | Merecimiento* | -0,245 | | Justa*** | -0,439 | |
| Justa*** | -0,306 | | Decepción*** | 0,607 | | Merecimiento*** | -0,253 | |
| Vergüenza*** | -0,216 | | | | | Decepción*** | 0,689 | |
| Decepción*** | 0,546 | | | | | | | |

Nota:Wald significativo a * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$; *** $p < 0,001$

Injurias a la Corona

Atendiendo a las regresiones logísticas calculadas respecto de la conducta de injuriar a la Corona («alguna expresión o acto ofensivo que menosprecie al honor del Rey o a la monarquía»), son variables predictoras de la disposición a desafiar el incumplimiento previo, no sentir vergüenza, la decepción hacia el Estado y la opinión de que no debe ser delito. Este modelo explica el 23,3% de la varianza.

En el caso del desafío directo, son variables predictoras la actitud hacia la libertad de expresión, en el sentido de que cuando menor sea el apoyo a la libertad de expresión mayor es la probabilidad de desafiar¹⁴⁶⁷, el merecimiento, y la decepción con el Estado. En este caso, el modelo explica un 24,3% de la varianza.

¹⁴⁶⁷ Frente a la relación positiva establecida entre una actitud favorable hacia la libertad de expresión y un menor apoyo a la regulación de este tipo de expresiones recogida por GUO y JOHNSON nuestros resultados sugieren una relación opuesta. Con objeto de profundizar en esta discrepancia, se aplicaron tres pruebas *t* para muestras independientes en aquellas conductas de desafío directo que incluyen la actitud hacia la libertad de expresión en la ecuación de regresión: esto es, las injurias a la corona, injurias a los símbolos nacionales y ofensa a los sentimientos religiosos. Los resultados nos indican que el grupo que no desafió muestra niveles más altos de actitud hacia la libertad de expresión ($M_{IC}= 4,05, DT= 1,4; M_{IS}=4,06, DT= 1,39; M_{OS}= 4,12, DT= 1,36$) que el que sí desafió ($M_{IC}= 3,63, DT= 1,27; M_{IS}= 3,63, DT= 1,27; M_{OS}= 3,55, DT= 1,25$), siendo las diferencias estadísticamente significativas en los tres casos ($t_{IC}= 2,9, p=,002, d=,31; t_{IS}= 3,09, p= ,001, d= ,32; t_{OS}= 4,27, p= ,001, d= ,437$). Cabe señalar que, atendiendo a los descriptivos y pese a las diferencias (motivado en cierto modo por la sensibilidad de la prueba estadística), la muestra presenta en términos promedios una actitud favorable hacia la libertad de expresión, por lo que debemos prestar especial cautela en la interpretación de la relación reflejada en las ecuaciones de regresión. Es posible, asimismo, que la escala sobre la actitud hacia la libertad de expresión extraída del estudio de GUO y JOHNSON no sea la adecuada para las expresiones aquí evaluadas al tratarse de manifestaciones que tienen potencialidad para calificarse como delictivas (GUO, L., y JOHNSON, B. G., «Third-Person...», *ob. cit.*)

Por último, con respecto al desafío indirecto, son variables predictoras el merecimiento de la sanción, en el sentido de que cuanto menos se entienda que la sanción es merecida, mayor es la probabilidad de desafiar, la vergüenza, la decepción y la opinión respecto a la criminalización de esta conducta. En este caso, el modelo explica un 34,1% de la varianza. Esta información está recogida en la Tabla 5.

Tabla 5.

Resumen de las regresiones logísticas binarias calculadas para las conductas de injurias a la Corona.

| Disposición a desafiar | | | Desafío directo | | | Desafío indirecto | | |
|------------------------|--------|----------------|------------------------|--------|----------------|-------------------|--------|----------------|
| Variable | B | R ² | Variable | B | R ² | Variable | B | R ² |
| Incumplimiento previo* | 0,629 | 0,233 | Actitud hacia la LE*** | -0,282 | 0,243 | Merecimiento | -0,349 | 0,341 |
| Vergüenza** | -0,209 | | Merecimiento*** | -0,255 | | Vergüenza | 0,324 | |
| Decepción** | 0,415 | | Decepción*** | 0,514 | | Decepción | 0,518 | |
| Criminalización*** | -0,242 | | | | | Criminalización | -0,402 | |

Nota: Wald significativo a * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$; *** $p < 0,001$

Injurias a los símbolos del Estado.

En relación con la conducta de injurias a los símbolos del Estado («alguna expresión o acto ofensivo contra la bandera de España, el himno o el escudo nacional»), la primera regresión logística indica que son variables predictoras de la disposición a desafiar la importancia que se le atribuye a los propios símbolos, el incumplimiento previo de esta conducta, el sentimiento de vergüenza, la decepción con el Estado y la opinión sobre la criminalización de esta conducta. En este caso, el modelo explica un 26,6% de la varianza.

En el caso del desafío directo, son variables predictoras la actitud hacia la libertad de expresión¹⁴⁶⁸, la importancia dada a los símbolos, la decepción con el Estado, y la opinión sobre la criminalización. Este modelo explica el 28,2% de la varianza.

Finalmente, con respecto al desafío indirecto, son variables predictoras la importancia dada a los símbolos, la

¹⁴⁶⁸ Véase nota 3.

decepción con el Estado y la opinión sobre la criminalización de este tipo de expresiones. En esta ocasión, el modelo explica un 34,1% de la varianza. Esta información viene recogida en la Tabla 6.

Tabla 6.

Resumen de las regresiones logísticas binarias calculadas para las conductas de injurias a los símbolos del Estado.

| Disposición a desafiar | | | Desafío directo | | | Desafío indirecto | | |
|--------------------------------|--------|----------------|------------------------|--------|----------------|-------------------------|--------|----------------|
| Variable | B | R ² | Variable | B | R ² | Variable | B | R ² |
| Importancia de los símbolos*** | 0,193 | 0,266 | Actitud hacia la LE* | -0,228 | 0,282 | Importancia símbolos*** | 0,355 | 0,341 |
| Incumplimiento previo** | 1,136 | | Importancia símbolos** | 0,259 | | Decepción*** | 0,489 | |
| Vergüenza* | -0,162 | | Decepción*** | 0,505 | | Criminalización*** | -0,496 | |
| Decepción*** | 0,383 | | Criminalización** | -0,496 | | | | |
| Criminalización*** | -0,261 | | | | | | | |

Nota: Wald significativo a *p< 0,05, **p<0,01; ***p<0,001

Ofensa a los sentimientos religiosos

Respecto de la conducta de ofender a los sentimientos religiosos («alguna expresión o acto que pueda ser ofensivo para las personas que profesan una determinada religión»), como se resumen en la Tabla 7, la primera regresión logística indica que son variables predictoras de la disposición a desafiar de los sujetos el conservadurismo, el incumplimiento previo, la decepción con el Estado y la opinión sobre la criminalización de estas expresiones. Este modelo explica el 31,2% de la varianza.

En cuanto al desafío directo, son variables predictoras la actitud hacia la libertad de expresión¹⁴⁶⁹, la percepción de cómo de justa es la sanción penal, el sentimiento de vergüenza y, la decepción con el Estado. Este modelo puede explicar el 43,7% de la varianza. Por último, en el caso del desafío indirecto son variables predictoras solo la decepción con el Estado y no estar de acuerdo con la criminalización de esta conducta. En este caso, el modelo puede explicar el 43,6% de la varianza.

¹⁴⁶⁹ Véase nota 3.

Tabla 7.

Resumen de las regresiones logísticas binarias calculadas para las conductas de ofensa a los sentimientos religiosos.

| Disposición a desafiar | | | Desafío directo | | | Desafío indirecto | | |
|-------------------------|--------|----------------|------------------------|--------|----------------|--------------------|--------|----------------|
| Variable | B | R ² | Variable | B | R ² | Variable | B | R ² |
| Conservadurismo** | -0,265 | 0,312 | Actitud hacia la LE*** | -0,276 | 0,437 | Decepción*** | 0,584 | 0,436 |
| Incumplimiento previo** | 0,768 | | Justa*** | -0,269 | | Criminalización*** | -0,603 | |
| Decepción*** | 0,436 | | Vergüenza*** | -0,162 | | | | |
| Criminalización*** | -0,368 | | Decepción*** | 0,791 | | | | |

Nota: Wald significativo a * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$; *** $p < 0,001$

4.3. RESUMEN DE LA CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

Como se ha podido comprobar, las variables propuestas por SHERMAN en su teoría explican una parte significativa de las variables dependientes medidas en este estudio¹⁴⁷⁰. Sin embargo, no todas estas variables acaban siendo predictoras de las diferentes medidas de desafío empleadas, ni tampoco son las mismas en todas las conductas. En este sentido, a continuación, se muestra en la Tabla 8 un resumen de las hipótesis anteriormente planteadas conforme a la teoría del desafío y si las mismas pueden aceptarse o no en función de las diferentes conductas y medidas de desafío:

Tabla 8.
Resumen de los contrastes de hipótesis

| | | Enaltecimiento | Discriminación | Injurias a la Corona | Injurias a los símbolos del Estado | Ofensa a los sentimientos religiosos |
|--------------------|------------------------|----------------|----------------|----------------------|------------------------------------|--------------------------------------|
| H1. (justa) | Disposición a desafiar | Rechazada | Aceptada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| | Desafío directo | Aceptada | Aceptada | Rechazada | Rechazada | Aceptada |
| | Desafío indirecto | Aceptada | Aceptada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| H2. (estigma) | Disposición a desafiar | Aceptada | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| | Desafío directo | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| | Desafío indirecto | Rechazada | Aceptada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| H3. (decepción) | Disposición a desafiar | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Aceptada |
| | Desafío directo | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Aceptada |
| | Desafío indirecto | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Aceptada |
| H4. (enfado) | Disposición a desafiar | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| | Desafío directo | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| | Desafío indirecto | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| H5. (vergüenza) | Disposición a desafiar | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Aceptada | Rechazada |
| | Desafío directo | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Aceptada |
| | Desafío indirecto | Rechazada | Rechazada | Aceptada | Rechazada | Rechazada |
| H6. (merecimiento) | Disposición a desafiar | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada | Rechazada |
| | Desafío directo | Rechazada | Aceptada | Aceptada | Rechazada | Rechazada |
| | Desafío indirecto | Rechazada | Aceptada | Aceptada | Rechazada | Rechazada |

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha partido de la necesidad de analizar los efectos de la sanción penal en el comportamiento de la ciudadanía en un ámbito como el de los delitos de expresión. Concretamente, esta investigación tenía como objetivo general analizar la relación entre las variables del desafío establecidas por SHERMAN¹⁴⁷¹ y la disposición a desafiar, el desafío directo y el indirecto a las diferentes normas penales evaluadas y que, en otros estudios referentes a ámbitos delictivos y antisociales

¹⁴⁷¹ SHERMAN, L. W., «Defiance, compliance...», *ob. cit.*

diversos, han mostrado cierto valor explicativo de la conducta desafiante¹⁴⁷².

En el caso de los delitos de expresión política, además, se justificaba el análisis de esta teoría en especial porque, precisamente por la naturaleza de estos delitos, la estrategia disuasoria puede no solo no ser efectiva en sus propósitos, sino que además puede ser contraproducente, por un lado, al crear un efecto desafío y, por otro, al minar la legitimidad de la propia norma¹⁴⁷³. Los resultados de esta investigación apuntan en sentido afirmativo a ambas cuestiones: por un lado, éstos sugieren que la sanción penal de determinadas expresiones puede generar una disposición a desafiar, también un desafío directo y, más importante, un desafío indirecto; y, en segundo lugar, la sanción penal también puede minar la legitimidad de estas normas en tanto en cuanto, tal y como detallaremos a continuación, la mayoría de la muestra estaría dispuesta a apoyar su descriminalización.

En este sentido, con respecto a la disposición a desafiar destaca que más de la mitad de la muestra estaría dispuesta a desafiar a la norma para expresar ideas si de ellas estuvieran totalmente convencidos. Esto vendría a indicar en la línea de la hipótesis sugerida por MIRÓ LLINARES y GÓMEZ BELLVÍS que las personas están dispuestas a incumplir cuando creen que lo que se sanciona es una conducta que es correcta¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷² Por ejemplo, en el caso del acoso escolar, TTOFI, M. M., y FARRINGTON, D., P., «Bullying: Short-term and long-term effects, and the importance of defiance theory in explanation and prevention», en *Victims and offenders*, vol. 3, 2008; en el ámbito de la conducción influenciada, FREEMAN, J., LIOSSIS, P., y DAVID, N., «Deterrence, Defiance and Deviance: An Investigation Into a Group of Recidivist Drink Drivers' Self-Reported Offending Behaviours», en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 39, 2006; asimismo véase BOUFFARD, L., y PIQUERO, N. L., «Defiance theory and life course explanations of persistent offending», en *Crime & Delinquency*, vol. 56, núm. 2, 2008.

¹⁴⁷³ LEROCH, M. A., «Punishment as Defiance...», *ob. cit.*

¹⁴⁷⁴ MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

Por lo que se refiere al desafío directo, observamos que en todas las conductas cerca del 70% de la muestra admite que, en caso de que hubieran sido sancionados penalmente, volverían a hacerlo, volverían a incumplir, aunque teniendo más cuidado para evitar ser sancionados. Este dato es revelador porque muestra claramente una actitud de desacuerdo con la norma y su aplicación. Una persona que estuviera conforme con la norma y la correspondiente sanción, una vez impuesta ésta, debería dirigirse hacia la no realización (incluso en el supuesto, como es este, de que estuviera respondiendo hipotéticamente). Sin embargo, se observa que lejos de ello, los participantes del estudio admiten que tenderían a la reincidencia, y lo único que modificarían sería la forma de hacerlo para evitar las consecuencias adversas del delito.

Por último, y quizás el dato más significativo del estudio es el relativo a la cantidad de la muestra que estaría dispuesta a apoyar una manifestación en contra de este tipo de criminalizaciones si otras personas fueran sancionadas por ellas. En todas las conductas evaluadas, esta forma de desafío está cerca del 80%. Este dato revela que la mayoría de las personas de esta muestra no está de acuerdo con que este tipo de expresiones se sancionen penalmente, puesto que apoyarían una protesta en contra de ello. Este dato, sin duda alguna, debería tenerse en cuenta en el debate sobre la criminalización de determinadas expresiones. Como se ha señalado, la discusión sobre los delitos de expresión suele trascurrir entre la justificación de la existencia de un bien jurídico y las distintas formas de lesionarlo, lo que exigiría la entrada del Derecho penal o, en sentido contrario, la justificación de tal inexistencia¹⁴⁷⁵. Sin embargo, en pocas ocasiones se apela a la

¹⁴⁷⁵ HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., y WOHLERS, W. (EDS.), *Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007; MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización...», *ob. cit.*; QUERALT JIMÉNEZ, J., y CARDENAL MONTRAVETA, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*

necesidad de evaluar la legitimidad de la norma desde un punto de vista empírico y más cercano a la ciudadanía. Y ello a pesar de que estas criminalizaciones afectan de un modo directo al ejercicio del derecho fundamental a la libre expresión que concierne a toda la sociedad y a cada individuo en particular. Pero también debería tenerse en cuenta con respecto a la necesidad de mantener o no estos delitos en el Código Penal y, por supuesto, frente a nuevas criminalizaciones de expresión política.

Ahora bien, este último dato también nos podría llevar a preguntarnos por qué, todas las condenas en este ámbito y que han sido objeto de una cobertura mediática, no han generado que toda la ciudadanía proteste contra ello y se produzcan manifestaciones continuas hasta conseguir la descriminalización. A nuestro juicio, y más allá de las protestas y desórdenes callejeros que sí tuvieron como motivo el malestar social por la entrada en prisión del cantante de rap Pablo Hasél, podría explicarse sobre la base de dos motivos. El primero de ellos sería dudar de la operativización de esta variable. Si bien los participantes debían responder en qué medida apoyarían una manifestación, no se les preguntaba de qué forma la apoyarían. En este sentido, el apoyo a esa manifestación puede ser perfectamente acudir a la misma, pero también puede ser, por ejemplo, manifestar el apoyo a través de un tuit. El segundo motivo sería lo que ha diferenciado el caso de Pablo Hasél del resto de condenas a tuiteros y usuarios de otras redes sociales, que no es sino la entrada en prisión por tales expresiones. Efectivamente, se ha de tener en cuenta que es posible que uno de los elementos de ilegitimidad más evidente es la fuerza expresiva que tiene la propia pena de prisión. En España, pese a que son muchas las condenas que ha habido a usuarios de Twitter por expresiones ofensivas¹⁴⁷⁶, se ha de tener en cuenta que la ejecución de la pena de prisión suele quedar suspendida cuando, *grosso modo*, se trata del primer delito y siempre que la

¹⁴⁷⁶ MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*

condena no sea superior a los dos años de prisión. La mayoría de las condenas se enmarcan en este supuesto, siendo prácticamente dos los casos en los que la persona debía entrar a prisión: la primera, el cantante de rap Valtonyc, quien fue condenado a tres años y seis meses de prisión por delitos cometidos mediante sus canciones y huyó de la justicia penal española a Bélgica al considerar ilegítima su condena; y la de Pablo Hasél, cuya entrada en prisión sí generó protestas sociales.

Asimismo, también destaca el hecho de que en todos los delitos evaluados la disposición a desafiar sea menor que el desafío directo y éste, a su vez, menor que el desafío indirecto. Esto indicaría lo que otros estudios, aunque para otros ámbitos, han denominado «cumplimiento situacional», como un tipo de cumplimiento distinto al que es comprometido o autorregulado¹⁴⁷⁷. Esto es, las personas pueden cumplir con las normas, pero no estar comprometidas con ellas o pueden cumplirlas porque realmente las tengan interiorizadas y crean que lo correcto es cumplir. Del mismo modo también podría interpretarse que las personas, aunque cumplidoras, si no están de acuerdo con la sanción penal están dispuestas a llevar a cabo aquella forma de desafío que menos consecuencias adversas tenga para ellas mismas, como es, por ejemplo, apoyar una manifestación.

Por lo que se refiere a qué variables son predictoras de las distintas medidas de desafío tenidas en cuenta, en la Tabla 8 se podía observar casi de manera visual que, en la línea de la escasa literatura sobre la teoría del desafío que arroja resultados mixtos¹⁴⁷⁸, no todas las variables predicen el desafío y, además, estas también varían en función del tipo de conducta y del tipo de desafío de que se trate. No obstante, en términos generales sí que destaca claramente una de las variables: la decepción con el

¹⁴⁷⁷ KOCHANSKA, G., AKSAN, N., y KOENIG, A. L., «A longitudinal study of the roots of preschoolers' conscience: Committed compliance and emerging internalization», en *Child Development*, vol. 66, núm. 6, 1995.

¹⁴⁷⁸ BRAME, R., y PATERNOSTER, R., «Defiance...», *ob. cit.*

Estado (agente sancionador) por las sanciones penales de estas expresiones. Esta variable, que trataba de operativizar el estado del vínculo con el agente sancionador, es predictora en todos los tipos de desafíos y respecto de todas las conductas evaluadas, fortaleciendo la hipótesis respecto a la falta de apoyo social de este tipo de delitos, ya que, según los resultados de este estudio, cuanto mayor es la decepción que sentirían los participantes hacia el Estado por la sanción penal de estas expresiones, mayor es la probabilidad de realizarlas. En este sentido, otros estudios también han encontrado que solo la variable relativa al vínculo con el agente sancionador es predictora del desafío de otras normas¹⁴⁷⁹.

Asimismo, también destaca que, con respecto a la percepción de la desproporcionalidad de la sanción penal (si es justa o no), la hipótesis solo se ve aceptada con respecto al desafío de los delitos de enaltecimiento del terrorismo (salvo en la disposición a desafiar) y de discurso del odio. Sin embargo, ello se puede explicar a partir de la diferencia de penas que existe entre unos delitos y otros, siendo especialmente elevadas en esos dos si, además, tenemos en cuenta que son estos dos delitos de los cinco evaluados que tienen asociada una pena de prisión. En este caso, se puede observar que en la línea de lo que la mayoría de la doctrina penal sostiene, las penas asociadas a estos delitos de expresión no encajan con la magnitud y gravedad de ese tipo de conductas, lo cual debería ser un motivo más para la revisión de estas penalidades.

En cuanto a la variable de la sanción penal como estigmatizadora y su relación con el desafío, observamos que esta hipótesis es rechazada en la mayoría de las conductas y tipos de desafío, excepto en el caso de la disposición a desafiar del delito de enaltecimiento y en el caso del desafío indirecto del discurso del odio.

¹⁴⁷⁹ FREEMAN, J., LIOSSIS, P., y DAVID, N., «Deterrence, Defiance...», *ob. cit.*

Por otro lado, y aunque esta variable no estaba incluida en la propuesta de SHERMAN¹⁴⁸⁰, se decidió incluir también el sentimiento de enfado con el sistema de justicia penal con respecto a la imposición de la sanción penal, en el sentido de que a mayor sentimiento de enfado mayor sería la probabilidad de desafiar. Sin embargo, esta hipótesis ha sido rechazada con respecto a todas las conductas y todos los tipos de desafío. Este resultado destaca por su diferencia con el sentimiento de decepción con el agente sancionador que se ha definido como el Estado. Sin embargo, a nuestro juicio, podría explicarse por el hecho de que esta variable se ha operativizado como el sentimiento de enfado con la justicia. A partir de estos resultados, podría hipotetizarse que los sentimientos negativos que surgen respecto de la imposición de la sanción penal por delitos de expresión política no es tanto hacia el sistema de justicia encargado de la aplicación de estos delitos, como hacia el Estado que es en definitiva el agente que se inmiscuye en el ejercicio de la libre expresión. Sin embargo, se requiere de más investigación al respecto para poder analizar si esta interpretación está en lo correcto.

Por lo que se refiere al sentimiento de vergüenza, observamos que esta hipótesis solo queda aceptada en el caso de la disposición a desafiar de todas las normas excepto en la de ofensa a los sentimientos religiosos, con respecto al desafío directo del delito de ofensa a los sentimientos religiosos, y también en el caso del desafío indirecto en el delito de injurias a la Corona. La escasa relevancia predictora de esta variable podría indicar que los participantes de la muestra no consideran que estas expresiones estén lo suficientemente mal como para generar ese sentimiento. Finalmente, y con respecto a la variable del merecimiento, si bien esta no está tampoco presente en las variables enunciadas inicialmente por SHERMAN, fue incluida bajo la hipótesis de que, si la sanción penal se percibe como no merecida, entendido aquí la falta del merecimiento como una vertiente de la injusticia de la sanción, esto podría incidir en un

¹⁴⁸⁰ SHERMAN, L. W., «Defiance, compliance...», *ob. cit.*

mayor desafío. Esta hipótesis, sin embargo, solo ha sido aceptada en el caso del desafío tanto directo como indirecto en los delitos de discurso del odio y de injurias a la Corona, quizás porque con respecto al primero la sanción penal se perciba en la línea de lo apuntado anteriormente como desproporcional, y en el segundo porque esta es la conducta más prevalente y, presumiblemente, la que la muestra considere que menos debe ser delito.

Con respecto a esto último, en este estudio se han analizado, además de las variables de la teoría del desafío, otra serie de variables que desde un inicio se consideró que podrían influir en las distintas formas de desafío atendiendo a la naturaleza de estos delitos. Estas tienen que ver en su mayoría con extremos relacionados con el ámbito de las creencias y valores políticos y con respecto a la libre expresión. Entre ellas destaca, sin duda, la opinión sobre la criminalización, es decir, en qué medida la muestra considera que estas expresiones deberían ser delito. Esta variable se consideró importante a la luz de lo que se exponía al inicio de este trabajo en relación con los dos modelos culturales sobre la libre expresión. Si bien muchas de estas expresiones a la luz del criterio experto podrían ser despenalizadas, es posible que a nivel social sean lo suficientemente relevantes como para que el legislador decida criminalizarlas o viceversa. En el caso del enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas, esta variable es predictora de los tres tipos de desafío, en el sentido de que cuanto menos se considere que esas expresiones deberían ser delito mayor es la probabilidad de su realización. También lo es en el caso de las injurias a la Corona tanto en la disposición a desafiar como en el desafío indirecto. Lo mismo cabe decir en el caso de la disposición a desafiar, el desafío directo e indirecto del delito de injurias a los símbolos del Estado; y en el caso de la disposición a desafiar y el desafío indirecto en el delito de ofensas a los sentimientos religiosos. Este dato también debería ser tenido en cuenta por parte de la política penal en la medida en que la opinión social sobre la criminalización de determinados discursos es un elemento relevante que puede

incidir en el incumplimiento y, por tanto, generar lo que el legislador precisamente no quiere que acontezca.

También destacan como predictoras otras variables como el nivel de conservadurismo de la muestra, la actitud hacia la libertad de expresión, o el incumplimiento previo. Más allá de los resultados con respecto a la actitud hacia la libertad de expresión y sobre los que se ha señalado anteriormente que este resultado puede deberse bien a una cuestión muestral, bien a que la escala utilizada no es la adecuada para expresiones que caerían bajo el Derecho penal; en el caso del conservadurismo, esta variable es predictora de la disposición a desafiar y del desafío directo en el delito de enaltecimiento del terrorismo, en la disposición a desafiar en el delito de discurso del odio, y en la disposición a desafiar en el delito de ofensa a los sentimientos religiosos. La dirección de estas relaciones significativas va en la línea de lo establecido en la literatura sobre los factores actitudinales y personales hacia la libre expresión. En este sentido, algunos estudios han ido mostrando cómo las actitudes hacia la censura, por ejemplo, estaban positivamente relacionadas con el conservadurismo político¹⁴⁸¹. Asimismo, en estudios en los que comparan la actitud hacia la libertad de expresión entre personas que se encuadran en un conservadurismo político o en un liberalismo, se ha mostrado que los liberales tienden a apoyar más la libre expresión que los conservadores¹⁴⁸².

Aunque la cuestión tratada en este trabajo resulta de especial relevancia, ésta no ha sido atendida por parte de la literatura. Así, el único estudio empírico que trata de analizar el efecto desafío en el ámbito de los delitos de expresión es el de

¹⁴⁸¹ SUEDFELD, P., STEEL, G. D., y SCHMIDT, P. W., «Political ideology and attitudes toward censorship», en *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 24, 1994.

¹⁴⁸² LINDNER, N. M., y NOSEK, B., «Alienable speech: Ideological variations in the applications of free-speech principles», en *Political Psychology*, vol. 30, 2009; ÁLVAREZ, M. J., y KEMMELMEIER, M., «Free speech as...», *ob. cit.*

LEROCH y lo hace para el caso de los grafitis en Alemania¹⁴⁸³. Si bien no solo el tipo de delito es distinto, aunque podrían llegar a encuadrarse en la misma «familia», sino que el enfoque metodológico es totalmente diferente, no permitiendo comparación alguna entre ambos estudios. En este sentido, las principales limitaciones de este estudio tienen que ver con su novedad. El hecho de no tener ninguna referencia en la literatura ha propiciado que la mayoría de las medidas se hayan construido por medio del consenso de los autores del artículo, así como por referencia a otro tipo de estudios con los que, sin embargo, no se comparten objetivos de investigación. Del mismo modo, los resultados deben interpretarse con cautela ya que la validez ecológica del estudio se ve afectada por la operativización de las variables¹⁴⁸⁴. La literatura ha puesto de manifiesto que una de las dificultades de este tipo de estudios en los que se pide al participante que se sitúe en una situación concreta y responda qué haría en la realidad si se encontrara en esa situación, es que esas intenciones posteriormente pueden coincidir o no con lo que el participante acaba haciendo¹⁴⁸⁵. En este sentido, si bien este trabajo abre la puerta a la medición empírica de los efectos de la sanción penal en los delitos de expresión, no lo es menos que se requiere de más investigación para poner en duda la operativización de las variables, explorar nuevas hipótesis como las que se han ido señalando, así como llevar a cabo estudios en este ámbito que permitan generalizar los resultados.

Pese a lo anterior, los resultados de este trabajo tienen importantes implicaciones para la política criminal. No solo se ha abordado la cuestión del cumplimiento más allá del enfoque

¹⁴⁸³ LEROCH, M. A., «Punishment as Defiance...», *ob. cit.*

¹⁴⁸⁴ KRASKA, P. B., BRENT, J. J., y NEUMAN, W. L., *Criminal justice and criminology research methods*, Routledge, 2020; MAXFIELD, M. G., y BABBIE, E. R., *Research methods for criminal justice and criminology*, Cengage Learning, 2014.

¹⁴⁸⁵ PIQUERO, N. L., KANVINDE, V., y SANDERS, W., «Factorial Surveys and Crime Vignettes», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, New York, 2020.

de la disuasión que, como se ha visto, se ha mostrado insuficiente para analizar la relación entre el castigo y el cumplimiento de las normas¹⁴⁸⁶, sino que además se ha puesto de manifiesto que los ciudadanos pueden no estar de acuerdo con la criminalización de la expresión de la crítica política y que cuando estos están convencidos de determinadas ideas, la sanción penal no solo no los disuadiría sino que además los decidiría hacia la expresión de aquellas ideas que para ellos tienen valor. El objetivo de cualquier legislador y sistema de justicia penal es el cumplimiento voluntario de las normas, porque, desde luego, reporta más beneficios y tiene menos costes. En este sentido, si los estudios sobre cumplimiento normativo muestran que las variables de la disuasión no están relacionadas con el cumplimiento, que son determinantes otros factores extrapenales y, además, la sanción penal puede generar efectos contraproducentes, el legislador debería, sin duda, tomar nota. Del mismo modo, debería evitarse en la medida de lo posible el coste de criminalizar la crítica política por tres razones: la primera, porque como se ha comentado, puede generar una actitud desafiante con las consecuencias que para la legitimidad ello tiene; la segunda, porque la influencia social y las sanciones informales pueden hacer un mejor trabajo que las normas penales en este ámbito y, la tercera, porque es necesario reservar las penas para las conductas realmente graves y que el Derecho penal y la sanción penal no pierdan la violencia expresiva que debería acompañarlas¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁶ CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites...», *ob. cit.*; MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Freedom of expression...», *ob. cit.*; Bautista Ortuño, R., «¿Eres un ciberhater...», *ob. cit.*

¹⁴⁸⁷ SHERMAN, L. W., «Criminology and criminalization...», *ob. cit.*



CAPÍTULO X. DISCUSIÓN GENERAL Y CONCLUSIONES

1. RECAPITULACIÓN Y DISCUSIÓN GENERAL

Decíamos al inicio de este trabajo que la cuestión de la pena, la relativa a responder a «por qué» y «para qué castigamos», es un debate sobre el que se han vertido ríos y ríos de tinta. Al fin y al cabo, las razones que demos al castigo tanto desde un punto de vista estatal –de quien lo impone– como personal –de quien lo recibe– acaba convirtiéndose en una característica definitoria del tipo de sociedad en la que vivimos. Del mismo modo, cabe reconocer igualmente que la pregunta en torno a lo que justifica el castigo es, en realidad, de especial complejidad, lo que explica precisamente siglos –si no milenios dependiendo de hasta dónde nos remontemos– de reflexión y pugnas entre corrientes de pensamiento que, además, responderían en muchas ocasiones al contexto histórico de cada momento (véase el *Capítulo I* para una aproximación al mismo). En este sentido, coincidimos con GARCÍA-PABLOS DE MOLINA en que, en términos metodológicos, serían tres las consideraciones importantes en torno a la problemática de la justificación de la pena¹⁴⁸⁸.

La primera es que esta cuestión no pertenece únicamente al Derecho penal como tal, sino que también atañe a la Filosofía. De hecho, esta última será clave en cuestiones como, por ejemplo, la concepción que se tenga sobre el individuo, el Estado y la sociedad. La segunda es que, aunque la cuestión sea controvertida y no tenga visos de darse por resuelta, la importancia de este debate no es nimia. En la medida en que desde hace tiempo se ha aceptado que la teoría del delito debe verse orientada en función de la posición con respecto al papel

¹⁴⁸⁸ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 229.

que entendemos que debe cumplir la pena¹⁴⁸⁹, este debate no ha perdido ni un ápice de interés, y justifica, a nuestro modo de ver, las idas y venidas de la discusión. Esto es, ya no tiene sentido que la dogmática se dedique únicamente a la teoría del delito al margen de la teoría de la pena, quizás en un tiempo relegada al ámbito de la política criminal¹⁴⁹⁰, y por ello, quizás, cada vez más son más los autores que han prestado atención y tratado de contribuir a esta problemática. Y la tercera se refiere a que ya no tiene sentido seguir manteniendo fuera de la luz de las evidencias empíricas al debate de la teoría de la pena.

Como manifiesta con razón GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «el problema debe abordarse, en nuestros días, a la luz de los conocimientos actuales sobre el hombre y la sociedad, con un nuevo enfoque, ya que sus presupuestos varían como varían los conocimientos y necesidades de la sociedad. Las grandes preguntas sobre la pena no son preguntas invariables, ni nos podemos conformar con las contestaciones del pasado, como si fueran respuestas acabadas y perfectas a un problema inmutable»¹⁴⁹¹. Esto último no quiere decir que no se puedan seguir proponiendo teorías de la pena desde una perspectiva de Derecho penal ideal y sin necesidad de atender a una realidad de la que algunas posiciones no necesitan servirse. De hecho, se sigue haciendo y no plantea grandes problemas para un debate que quiera encontrar sus límites en la discusión académica y no pretenda tener mucha mayor repercusión. Pero, a nuestro juicio¹⁴⁹², sería conveniente atender a lo que en realidad puede

¹⁴⁸⁹ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases...*, *ob. cit.*; Díez Ripollés, J. L., «Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin», en Miró Llinares, F., y Fuentes Osorio, J. L. (DIRS.)/GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

¹⁴⁹⁰ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, *ob. cit.*

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 229.

¹⁴⁹² Y al de muchos autores de la dogmática cabe decir. Los hemos señalado a lo largo del trabajo, pero son de esta posición autores de la talla de Díez Ripollés, Paredes Castañón, Molina Fernández, Mir Puig, Miró Llinares, Rodríguez Horcajo, Donini, Ortiz de Urbina Gimeno, entre muchos otros.

servir a los fines del Derecho penal, esto es, a la necesidad de prevenir el delito, y tales fines exigen necesariamente bajar al terreno de lo real y analizar los efectos individuales y sociales de la pena.

Esta última es de las tres la cuestión en la que más nos hemos centrado en este trabajo al adoptar una postura con respecto al enfoque desde el cual hemos creído que es necesario abordar el debate sobre la pena (véase *Capítulo II*). Efectivamente, hemos partido de que, en un Estado social y democrático de Derecho, el Derecho penal debe estar orientado a tratar de evitar que determinadas conductas acontezcan. La herramienta principal de la que dispone el Derecho penal para ello es la pena, y en este sentido, la misma debe utilizarse para prevenir conductas. Una forma por medio de la que siempre se ha presupuesto que la pena puede evitar conductas es a través de su enunciación, porque se ha tendido a dar por supuesto que la conminación de penas produce en los potenciales infractores un miedo a las consecuencias del delito que modifica sus posibles inclinaciones hacia la comisión delictiva. Esta ha sido la explicación tradicional dada y el marco conceptual ofrecido por la teoría de la prevención general negativa desde que fuera enunciada y popularmente acogida a partir del siglo XVIII¹⁴⁹³ (véase el *Capítulo III*).

De esta forma, se ha tendido a aceptar que la modificación de las leyes para aumentar el ámbito de lo punible e incrementar las penas tiene como efecto una disuasión general. Esta ha sido en no pocas ocasiones la justificación del uso del castigo por parte del legislador, pero también se ha asumido fácilmente en una parte de la dogmática que habiendo aceptado la orientación a las consecuencias del Derecho penal y también de la pena, y habiendo prometido una y otra vez la necesidad de incorporar las evidencias de manera efectiva en el debate sobre el castigo, no ha terminado de hacerlo¹⁴⁹⁴ (véase el *Capítulo II*).

¹⁴⁹³ PASCUAL MATELLÁN, L., «Hacia un prevenciónismo...», *ob. cit.*

¹⁴⁹⁴ DONINI, M., *El Derecho Penal...*, *ob. cit.*

Es por ello por lo que este trabajo ha tenido un doble objetivo de investigación: por un lado, poner a prueba la hipótesis que se encuentra detrás de la estrategia legislativa consistente en aumentar las penas y los ámbitos de criminalización, bajo la esperanza de que la conminación produzca en los potenciales infractores una necesidad de retraerse de realizar determinadas conductas. Por otro, también nos hemos propuesto poner de manifiesto otra serie de factores que pueden estar relacionados con la prevención producida por la enunciación de la norma penal y que van más allá de la mera intimidación legal, aunque se trata de factores que se relacionan con la propia norma. En este sentido, hemos asumido el reto que, siguiendo a MIRÓ LLINARES, tienen actualmente las ciencias sociales, pero especialmente el Derecho penal: «la identificación de los mecanismos de la conducta de cumplimiento y la concreción de la relevancia que para ello tiene la conminación legal de la pena en el marco del Sistema Penal»¹⁴⁹⁵.

La consecución de ambos objetivos se ha llevado a cabo por medio de una revisión bibliográfica en materia de la teoría de la disuasión y de los efectos de la sanción penal, pero también por medio de la realización de seis estudios empíricos propios. Con ello hemos tratado de, por un lado, sistematizar en la medida de lo posible el conocimiento acerca del mecanismo en que consiste la disuasión general; y, por otro, generar evidencias propias para responder a una serie de preguntas de investigación originales y con las que se ha pretendido contribuir a la literatura.

En cuanto a lo primero, pese a la «cotidianeidad» de la teoría de la disuasión, pese a que se trata del efecto que directamente se le presupone a la enunciación de las normas y que se utiliza como justificación de diversas reformas punitivas del Código Penal, todavía no se había sistematizado de manera más o menos exhaustiva el conocimiento acerca de esta teoría en

¹⁴⁹⁵ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*, p. 15. 5

nuestro ámbito. Más bien, como se ha podido argumentar, esta teoría se viene utilizando y conceptualizando prácticamente igual que lo hicieron sus precursores a pesar de que: a) es una teoría que tiene una serie de presupuestos eminentemente facticos y, por tanto, contrastables empíricamente; b) relacionado con lo anterior, actualmente disponemos de los métodos y los instrumentos necesarios para poder llevar a cabo las pruebas correspondientes, y no hay motivos de peso para no hacerlo.

Sin embargo, la tendencia en España no ha sido esa sino más bien la contraria. Por un lado, en el ámbito del Derecho penal se ha tendido a aceptar sin más que la pena en su enunciación disuade (que no es lo mismo que decir que tiene la capacidad abstracta de disuadir¹⁴⁹⁶) o directamente a rechazar la justificación de la pena basada en la prevención general negativa por su dificultad de prueba empírica; por otro, en el ámbito criminológico se ha tendido a dejar de lado esta teoría. Ello se puede observar en la manualística sobre teorías criminológicas donde efectivamente se expone como una teoría más, pero tras exponerla, enseguida se traen a colación tanto las dificultades que esta teoría tiene para poder efectivamente influir en el comportamiento de la ciudadanía, como los estudios americanos en su mayoría, especialmente los relativos a la pena de muerte y las cadenas perpetuas, que vendrían a decir que las penas no disuaden. Ello ha tenido como consecuencia que toda la investigación y todas las preguntas que se pueden hacer en relación con el castigo y la disuasión se hayan llevado a cabo mayormente en la literatura anglosajona, perdiendo la oportunidad, a nuestro juicio, de generar nuestras propias investigaciones y contribuir a las líneas de investigación todavía activas en este ámbito.

Para cubrir dicha laguna en nuestra literatura (tanto penal como criminológica), en la segunda parte de la tesis doctoral hemos realizado un mapa de los principales hitos de esta teoría,

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

cubriendo su enunciación por los principales precursores (*Capítulo III*), así como los distintos desarrollos de la misma gracias a las aportaciones de la economía, la criminología y la economía del comportamiento (*Capítulo IV*). Debido a esto último, sabemos que la teoría de la disuasión es una teoría de la percepción en la que se concibe a la disuasión como un proceso de transmisión de la información, de comunicación de un mensaje que en este caso consistiría en la amenaza legal. Dicha comunicación, además, para ser efectiva debe afectar a las percepciones individuales con respecto a los riesgos de cometer la infracción (severidad y certeza del castigo). Del mismo modo, en la literatura al respecto también se ha incorporado lo que se ha ido conociendo sobre las sanciones informales, y, por tanto, dentro de la teoría de la disuasión (al menos una teorización más actualizada) estarían también el miedo a las sanciones extralegales y los valores éticos de cada individuo —si bien, en nuestro caso, hemos considerado este tipo de elementos de forma separada tal y como lo ha venido haciendo la literatura sobre cumplimiento normativo— (véase *Capítulo V*). Igualmente, la economía del comportamiento también ha introducido nuevas formas de analizar la decisión del sujeto delincuente y en qué medida determinados sesgos y heurísticos estarían interviniendo en la percepción de los riesgos del castigo, y que podrían explicar hallazgos consistentes en la literatura como, por ejemplo, el escaso peso de la severidad en la decisión de infringir, así como la relevancia de la certeza de la sanción por encima de la severidad. Esta literatura, además, no solo se está utilizando con un propósito explicativo, de entender la decisión del delincuente, sino también con un propósito preventivo. Así, por ejemplo, actualmente se están analizando las posibilidades de estrategias basadas en la economía del comportamiento como pueden ser los *nudgings* o acicates (véase *Capítulo IV*) para elaborar estrategias de comunicación de la norma específicamente orientadas a evitar determinadas conductas. Como hemos visto, además, la literatura en materia de disuasión no se agota ahí, sino que a la misma se le van añadiendo cada vez más preguntas de investigación que tienen que ver con distintos elementos de la misma tanto internos

(relacionados con las propias variables y mecanismos) como metodológicos (relacionados con la forma de medir y analizar estadísticamente los datos de los distintos estudios). En el *Capítulo V*, por su parte, se han analizado los principales efectos de la sanción penal dividiéndolos en tres: los preventivos derivados de la disuasión divididos a su vez en función de la hipótesis de la severidad, la certeza y la celeridad; los preventivos derivados de otras fuentes de cumplimiento relacionadas indirectamente con la norma como la legitimidad percibida y la influencia social; y, también los contraproductivos o perversos, como, por ejemplo, el efecto desafío. Si se tuviera que resumir brevemente esta literatura podríamos decir que el cúmulo de la investigación ha mostrado que: a) la certeza es más relevante que la severidad en el efecto disuasorio que pueda producir el castigo desde la perspectiva de la prevención general intimidatoria; b) que las sanciones informales desencadenadas por las formales pueden en muchas ocasiones tener un efecto disuasorio mayor que las sanciones formales; c) que la influencia social y la legitimidad percibida son relevantes en la disciplina social y forman parte del mensaje comunicativo en que consiste la norma penal; d) que es necesario investigar los efectos disuasorios atendiendo a los diferentes elementos individuales diferenciadores; y, f) que una falta de legitimidad ocasionada directamente por la norma penal por reunir una serie de características que minan tal cualidad de la norma puede tener efectos contraproductivos y criminógenos.

En cuanto a la segunda forma de dar consecución a los objetivos planteados en esta tesis doctoral, se han llevado a cabo seis estudios empíricos propios que han tenido diferentes objetivos. Entre ellas, nos hemos planteado las siguientes: a) ¿qué factores están detrás de la decisión de cumplir con la norma de que se trate? (véanse los *Estudios 1, 2, 3 y 4*); b) ¿qué peso tienen en esa decisión las características de la sanción formal percibidas por las muestras de los distintos estudios? (véanse los *Estudios 1, 2, 3 y 4*); c) ¿en qué medida las características individuales como el sexo de los participantes pueden influir de

forma diferente en todas estas variables del cumplimiento? (véase el *Estudio 2*); d) ¿en qué medida la modificación concreta de las variables de la disuasión puede tener un efecto en la decisión de cumplir con la norma? (véase *Estudio 5*); e) ¿puede la estrategia disuasoria, la basada en la coacción, generar efectos contraproducentes? (véase el *Estudio 3* en el caso de efectos contraproducentes como puede ser la autocensura en el ámbito de los delitos de expresión, y véase el *Estudio 6* los efectos contraproducentes derivados de una falta de legitimidad de la sanción penal también en el ámbito de los delitos de expresión). Todas estas preguntas de investigación se han considerado pertinentes en primer lugar porque se derivan directamente de los objetivos de investigación planteados; en segundo lugar, porque vienen a tratar de cubrir algún espacio en la literatura sobre el tema.

En este sentido y, con respecto a los resultados de los estudios empíricos en términos generales, podemos decir que: a) en los estudios en los que se han analizado los factores de cumplimiento de las correspondientes normas evaluadas, las variables de la disuasión (certeza y severidad percibidas) no son, en la mayoría de las ocasiones, variables predictoras del comportamiento cumplidor. En este sentido, y salvo alguna excepción derivada del contexto específico (como, por ejemplo, el contexto del estudio del cumplimiento del estado de alarma), estos resultados irían en la misma dirección apuntada por la literatura en materia de cumplimiento normativo; b) en cambio, también en la línea de lo establecido en la literatura sobre cumplimiento normativo, en general, en la decisión de cumplir con la norma tienen un peso relevante otra serie de variables relacionadas con la influencia social y la legitimidad de la norma, teniendo éstas mucho más peso predictor en la conducta cumplidora de las diferentes muestras. Esto es, a la hora de cumplir con la norma los participantes de los estudios valoran más que la posible sanción formal, la sanción informal en forma de juicio de desaprobación moral (norma prescriptiva), el modelo de conducta normativo (norma descriptiva), y el juicio moral que le merece la propia conducta al sujeto; c) asimismo,

también se ha podido comprobar que aunque en la literatura se suele reportar una diferencia de género con respecto a la participación en conductas antisociales, al menos en el ámbito de la piratería digital, hemos comprobado que si bien esto es cierto para según qué tipo de conductas infractoras, también lo es que, en términos generales, los factores de cumplimiento analizados que influirían en la decisión de cumplir con la norma no se muestran diferentes dependiendo del sexo. Si bien, a ello se ha de exceptuar una mayor acentuación del sentido moral con respecto de algunas conductas que tienen las mujeres y que no está tan presente en la muestra masculina. Lo anterior es una buena noticia para los enfoques de cumplimiento mediante los que se puede abordar la comunicación del mensaje en que consiste la norma dada la aspiración de generalidad que tiene la misma; d) si bien es cierto que en la mayoría de estudios sobre cumplimiento normativo se puede observar que en la decisión de cumplir con las normas las variables de la disuasión suelen tener poco peso, lo que estos hallazgos indican es que a nivel, por así decirlo, ecológico, el participante del estudio no tiene en mente las variables relacionadas con la amenaza del castigo, sino que tiene muy en cuenta cuestiones como el castigo social o ser coherente con su propio sistema de valores. Ahora bien, lo que indican estos estudios es precisamente eso, que a nivel ecológico la disuasión general tiene problemas, posiblemente por las dificultades tradicionalmente señaladas por la literatura como, por ejemplo, que la comunicación en que consiste la amenaza del castigo no llega suficientemente bien al potencial infractor. Pero poco dice de si en aquellos casos en los que el potencial infractor es perfectamente consciente de los niveles de certeza y severidad porque le vienen dados, su conducta o su intención de infringir se vería modificada. En este sentido, con el diseño cuasiexperimental basado en la técnica de la viñeta llevado a cabo, lo que se ha podido comprobar es que efectivamente las combinaciones entre las variables importan y sí que tienen capacidad de modificar las intenciones de realizar la conducta; e) por último, también se ha podido comprobar, como se venía adelantando ya en la propia literatura sobre la disuasión general, y puesto de manifiesto más claramente en otros

modelos de cumplimiento (influencia social y legitimidad), que la legitimidad de la norma como cualidad atribuida a la misma por los ciudadanos es importante a la hora de que pueda desplegar sus efectos preventivos. De acuerdo con nuestros resultados, una falta de legitimidad derivada de las características de la sanción puede dar lugar a una actitud desafiante por parte de la muestra de los estudios, lo cual muestra que en efecto no solamente se ha de atender a una dimensión de la norma (la amenaza legal), sino a otras cualidades que la misma debe tener para que pueda ser efectiva y no contraproducente.

2. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Una cuestión que es más habitual encontrar en las ciencias empíricas de lo que lo es en las ciencias jurídicas es el reconocimiento de las limitaciones de la investigación, y en la medida en que hemos abogado por la incorporación o la atención a las ciencias sociales en Derecho penal para mejorar ciertos aspectos del mismo, igualmente abogamos por el reconocimiento de los límites de la investigación y la reflexión que se lleva a cabo para apuntar, sin mucho encogimiento y complejo, los puntos débiles y fuertes de esta y señalar hacia dónde podría ir, en consecuencia, la investigación en la materia. Ello no solamente no debilita la investigación, sino que le confiere mayor rigurosidad y validez¹⁴⁹⁷.

En este sentido, y centrándonos en la presente investigación, no desconocemos las limitaciones teóricas y empíricas de este trabajo, y es por este motivo, quizá, por lo que no termine por convencer del todo a un filósofo que echaría en falta muchas más cuestiones de filosofía política y de filosofía de la ciencia que no se han abordado expresamente aquí; ni a un penalista que

¹⁴⁹⁷ PRICE, J. H., y MURNAN, J., «Research Limitations and the Necessity of Reporting Them», en *American Journal of Health Education*, vol. 35, núm. 2, 2004; ROSS, P. T., y BIBLER ZAIDI, N. L., «Limited by our limitations», en *Perspectives on medical education*, vol. 6, núm. 4, 2019.

apuntaría la levedad del debate sobre la pena que aquí se ha realizado; ni, seguramente, a un criminólogo que añadiría otras formas de medición, análisis estadístico, e interpretación. En este sentido, creemos que esta investigación se enfrenta a diferentes limitaciones que dividiremos en dos: limitaciones con respecto a su alcance, y limitaciones concretas en relación con los estudios empíricos.

2.1. LIMITACIONES CON RESPECTO AL ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

En efecto, como habrá podido intuir el lector de este texto, posiblemente una de las mayores dificultades a las que el mismo se enfrenta es a la coherencia de todos sus extremos. No nos resulta indiferente la complejidad del enfoque, el abordaje y la ejecución, y el riesgo que hemos asumido relativo a que la investigación pudiera acabar resultando en un desaguisado. Es una tesis doctoral que entra de lleno en un debate especialmente frondoso y nunca abandonado en Derecho penal como es el de la teoría de la pena con respecto del cual, dicho sea de paso, poco se puede aportar a nivel normativo que no se haya dicho ya por los autores más reputados e inteligentes de la dogmática. Pero, a su vez, no es una tesis doctoral que construya o proponga ninguna teoría de la pena ni una nueva justificación de la misma¹⁴⁹⁸. Es una tesis que también encuentra su propósito en tratar de poner a prueba la forma de proceder del legislador penal, aunque solo con respecto a la justificación de disuasión general a la que el mismo apela cuando aumenta los ámbitos de criminalización y la severidad de las penas. Pero tampoco es una tesis que esté centrada en desmantelar el argumentario del legislador, ni tampoco de sentar procederes distintos (i.e. no se

¹⁴⁹⁸ Como sí lo hacen, por ejemplo, RODRÍGUEZ HORCAJO o MIRÓ LLINARES a partir del conocimiento de cómo funciona el castigo. Como hemos analizado en el *Capítulo I*, el primero más desde los estudios experimentales en economía y psicología sobre la cooperación (RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*), y el segundo más sobre los estudios procedentes de la criminología y la psicología en materia de influencia social y valores morales (MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*).

propone una evaluación de las leyes penales en los términos en los que ha venido exigiendo la literatura específica en este ámbito¹⁴⁹⁹). En este sentido y, a diferencia de otros trabajos, hemos asumido que el legislador no suele basar su toma de decisiones en Derecho penal sobre la base de las evidencias procedentes de la criminología o de otras ramas del conocimiento, ni –aunque nos gustaría– parece que lo va a hacer, pero sí que, como mencionaremos en las conclusiones, hemos trasladado la necesidad de que la dogmática sea conocedora del acervo empírico sobre los efectos de la sanción para poder desenmascarar las auténticas razones del legislador. Es, asimismo, una tesis que ha apostado por un enfoque muy concreto desde el cual aproximarse a las cuestiones del Derecho penal, aunque especialmente a la relativa a la función de la pena. Este es el basado en la evidencia, pero es cierto que tampoco se abordan los especiales y profundos debates sobre el método científico o la filosofía de la ciencia, como sí lo han hecho en cambio otros autores¹⁵⁰⁰. Con respecto a esto último, además, el enfoque basado en la evidencia no se trae a colación en este trabajo en un sentido puro-técnico, sino auxiliar. Es decir, asumiendo que este enfoque tiene un sentido eminentemente técnico, especialmente por lo que se refiere a la prevención del delito, la defensa que aquí se ha hecho de él es más para poner de relieve en qué medida los resultados de su aplicación pueden formar parte del argumentario de la dogmática penal para el ejercicio de la crítica al legislador. Asimismo, esta es una tesis cuyo contenido e información obtenida bien puede llegar a catalogarse de criminológica, pero tampoco es una tesis puramente en criminología o, al menos, no ha sido realizada con esa intención. Igualmente, si bien los estudios abordan distintos ámbitos normativos, no es ni una tesis sobre los delitos de expresión, ni sobre la piratería digital, ni sobre el delito o la

¹⁴⁹⁹ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación...*, *ob. cit.*; BECERRA, J., *Hacia una evaluación...*, *ob. cit.*

¹⁵⁰⁰ MIRÓ LLINARES, F., *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas). Aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; MIRÓ LLINARES, F., «Cientismo...», *ob. cit.*

infracción de desobediencia. Pero tampoco cabe negar la posible relevancia que los resultados de los estudios pueden tener para la literatura en tales ámbitos normativos e incluso para la política criminal y la regulación de los mismos.

Lo que, en cambio, sí es, es una aproximación a los presupuestos fácticos de la institución de la pena en su fase de enunciación, concebida ésta como un instrumento que debe servir a fines preventivos, fines que, además, son queridos tanto por el Derecho penal en general, como por los criminólogos, los penalistas y, en teoría, también por el legislador penal, en particular. Esta aproximación se ha llevado a cabo desde una perspectiva empírica y ha girado, muy especialmente, sobre los presupuestos fácticos de la teoría de la prevención general negativa, por ser, como se ha argumentado en varias ocasiones, el marco conceptual detrás de la justificación de la pena tanto por el legislador como por muchos autores de la doctrina. Si bien, en la medida en que lo que a los sujetos protagonistas mencionados interesa es la prevención, la utilidad del Derecho penal por medio de las normas penales para evitar que los delitos acontezcan, también se han expuesto otros mecanismos relacionados con la norma diferentes a los disuasorios que contribuyen sobremanera, si no es que en muchas ocasiones son *conditio sine qua non*, que hacen que la norma penal funcione desde su enunciación, que sea cumplida, no tanto por una razón instrumental-coactiva como de valores sociales y éticos, esto es, del contexto normativo.

En atención a lo anterior, esta tesis roza muchos objetos y muchos sujetos, esencialmente porque la pena es una institución que atraviesa a todas aquellas disciplinas y ramas del conocimiento que se interesen por el control social del delito y por la explicación del comportamiento individual y social dentro de un determinado contexto normativo. De esta forma, resulta casi inevitable que esta tesis doctoral esté dirigida a lo

que MONTAIGNE llamaría «región media»¹⁵⁰¹, en la que como explica VILAJOSANA, «habitan, y no siempre de manera armónica, filósofos, penalistas y criminólogos»¹⁵⁰², entre los que añadiríamos, además, al legislador.

2.2. LIMITACIONES CON RESPECTO A LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS

Como se ha hecho referencia en el *Capítulo II* cuando se aludía a las limitaciones del enfoque basado en la evidencia, todos los estudios empíricos tienen sus propias limitaciones derivadas de diversas fuentes como, por ejemplo, la elección de un diseño y no otro, la medición de las variables de una forma y no de otra, la posibilidad de financiación de un estudio, la recogida de datos de una muestra representativa de la población o de una muestra sesgada, entre otras cuestiones. Todas estas limitaciones que, en realidad, están presentes prácticamente en cualquier investigación empírica en ciencias sociales, señalan en realidad la necesidad de seguir investigando y poniendo a prueba cada una de las mismas para confirmar si los resultados variarían o irían en la misma línea si, por ejemplo, se operativizaran las variables de otra forma, se utilizaran otros diseños, se utilizaran muestras representativas de la población española, etc.

Si bien muchas de estas limitaciones están reconocidas expresamente en cada uno de los estudios empíricos con el objetivo de advertir al lector de la necesaria cautela en la interpretación de los resultados, no queremos dejar pasar la

¹⁵⁰¹ Dice el autor sobre sus ensayos, y bien podría aplicarse lo mismo sobre el contenido de este trabajo que: «si estos ensayos fueran dignos de ser juzgados, podría suceder en mi opinión que no gustaran mucho ni a los espíritus comunes y vulgares, ni tampoco a los singulares y excelentes. Los unos no entenderían bastante, los otros entenderían demasiado. Podrían ir tirando en la región media» (Montaigne, M., *Los ensayos*, Traducción de J. Bayod Brau, Biblioteca digital minerd-dominicana lee. Disponible en: <https://ministeriodeeducacion.gob.do/docs/biblioteca-virtual/3Xls-de-montaigne-michel-ensayos-pdf.pdf>)

¹⁵⁰² VILAJOSANA, J. M., *Las razones...*, ob. cit., p. 9

oportunidad de señalar algunas limitaciones que hemos podido observar con el paso del tiempo y que darían lugar, sin duda alguna, a una profundización en la investigación al señalar indirectamente qué se requeriría de esta línea de investigación en futuros trabajos para consolidar los resultados.

En primer lugar, una de las limitaciones de la que adolecen los estudios que analizan los factores asociados con el cumplimiento es que este tipo de enfoques se aplican sobre muestras que son en su gran mayoría cumplidoras de las normas evaluadas. En este sentido, quizá, sería interesante realizar posteriores análisis para seleccionar de las correspondientes muestras solo aquellos sujetos que informan haber infringido la norma de que se trate. Ello permitiría estudiar con más detalle y centrar la investigación únicamente en los infractores que son, en definitiva, los que más información nos pueden aportar en relación con la decisión ya no de cumplir, sino de infringir¹⁵⁰³. Esta limitación estaría presente en los *Estudios 1, 2, 3, y 4*. Del mismo modo, también permitiría comparar la distribución de las variables en función de si los sujetos son cumplidores o no, e incluso diferenciarlos por grados de incumplimiento, y observar en qué medida están presentes

¹⁵⁰³ Esto ya fue señalado por POGARSKY con respecto a los resultados de los estudios en materia de disuasión que señalaban una la preeminencia de la certeza sobre la severidad. No obstante, de acuerdo con POGARSKY, en estos estudios se agregaba en la misma muestra a sujetos que se pueden considerados capaces de verse disuadidos y a aquellos que no. Concretamente señalaba que: «Una cuestión relacionada se refiere a la comparación de políticas que aumentan la certeza y la severidad. La investigación sobre la disuasión ofrece una de las regularidades empíricas más destacadas de la criminología: que el efecto disuasorio de la certeza del mismo castigo supera con creces el de la severidad del mismo. Sin embargo, esta conclusión se basa, sin excepción, en investigaciones que han agregado a individuos disuasibles y no disuasibles por igual, aunque estos últimos no presten atención a ninguno de los aspectos de las amenazas de sanción. Si el impacto global de una política sancionadora depende de la respuesta del grupo disuadible, entonces la utilidad de esta antigua regularidad empírica depende de si caracteriza correctamente a los delincuentes disuadibles» (POGARSKY, G., «Identifying “deterable” offenders...», *ob. cit.*, p. 435).

en cada uno de esos dos grupos las variables de la disuasión. En este mismo sentido, el alcance de los modelos matemáticos que se han llevado a cabo en la mayoría de los estudios no es dimensional del infractor, sino identificador del cumplidor. Es decir, con los modelos matemáticos presentados no se puede decir qué sujetos de la muestra incumplen más o incumplen menos, a pesar de que las preguntas sobre cumplimiento autoinformado son cuantitativas, sino que solamente pueden identificar y clasificar a aquél sujeto de la muestra que infringe y al que no infringe.

En segundo lugar, y al hilo de los modelos matemáticos llevados a cabo, si bien estos se han realizado con el objetivo de analizar las variables predictoras de las conductas evaluadas en cada caso y han arrojado resultados interesantes, también es cierto que hay que atender a los respectivos valores de las pruebas de bondad de ajuste, por ejemplo, a las R cuadrado de Nagelkerke, porque este valor es el que nos indicará en qué medida la variable dependiente no puede explicarse por las variables introducidas en el modelo. En este sentido, en algunos modelos, este valor es, aunque clínicamente relevante, muy modesto. Esto muestra que, aunque las variables tenidas en cuenta y que entran a formar parte de los respectivos modelos tienen un cierto valor predictivo, también muestra que es necesario seguir investigando para dar con aquellas variables no tenidas en cuenta en los estudios y que podrían explicar el cumplimiento de las correspondientes normas.

En tercer lugar, destaca con respecto al *Estudio 5*, el diseño cuasiexperimental, que se basa en un diseño factorial de 3×4 en el que se han tenido en cuenta cuatro grados de certeza, pero solo 3 de severidad. En este sentido, ello representa una limitación porque la información sobre cómo afectaría el grado de severidad que falta en el diseño a las intenciones de infringir de la muestra está ausente. Asimismo, si bien este tipo de diseños son especialmente deseables para observar en qué medida en un «entorno» más o menos controlado por el investigador, modificaciones en las variables objeto de estudio

producen asimismo variaciones en la variable dependiente, no lo es menos que la técnica de la viñeta o del caso escenario ha sido criticada en este ámbito porque es un diseño que no deja de ser artificial. Esto es, los casos escenario no dejan de ser supuestos hipotéticos en los que el participante tiene que realizar un esfuerzo cognitivo por situarse en dicha situación y responder a las preguntas sobre el riesgo de la sanción de que se trate, pero ello no es necesariamente indicativo de lo que el sujeto que está contestando de ese modo haría en la realidad¹⁵⁰⁴.

En cuarto lugar, y en relación con el *Estudio 4*, si bien se da un panorama descriptivo de la autocensura de la muestra, en realidad, no se analiza qué variables pueden estar relacionadas con ella ni qué variables serían predictoras de la misma y, sin embargo, ello proporcionaría una información relevante para analizar con más detalle el efecto contraproducente que se alega que se puede producir como consecuencia de la criminalización y castigo penal de determinadas expresiones. Del mismo modo, con respecto al *Estudio 6* que analiza el efecto desafío, quizá esta investigación podría beneficiarse especialmente de un diseño experimental con el objetivo de ver en qué medida la modificación de las características de la sanción produce dicho efecto, para efectivamente poder establecer una relación causal entre las variables de la teoría de la disuasión y un posible efecto desafío.

Por último, una característica de los estudios presentados es la utilización excesiva de regresión logística binaria, cuando la variable dependiente ha tendido a ser cuantitativa. Una línea analítica alternativa habría sido aplicar otro tipo de modelizaciones en atención a la naturaleza cuantitativa de la variable dependiente. En este sentido, esta línea de investigación

¹⁵⁰⁴ RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión...», *ob. cit.*; PIQUERO, N., KANVINDE, V., y SANDERS, W., «Factorial surveys...», *ob. cit.*; MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias...*, *ob. cit.*; BARNUM, T. C., NAGIN, D., y POGARSKY, G., «Sanction risk perceptions...», *ob. cit.*; entre otros.

podría verse beneficiada en el futuro mediante el uso de otras estrategias analíticas igualmente válidas.

3. CONCLUSIONES GENERALES Y PROSPECTIVA

Pese a las limitaciones anteriormente señaladas, a nuestro juicio, cabe extraer tanto de la investigación en general como, en particular de cada uno de los estudios empíricos llevados a cabo, conclusiones que pueden resultar de valor. Sin embargo, para evitar más duplicidades, en los siguientes subapartados se tratarán las conclusiones adicionales y que se extraen de la investigación en general, dando por reproducidas las conclusiones específicas de cada uno de los estudios. Además, como hemos señalado, el tema de investigación de esta tesis doctoral y los objetivos generales planteados facilitan que las conclusiones que se pueden extraer puedan ser, asimismo, divididas en función del aporte que, entendemos, se hace a los ámbitos a los que más pudiera interesar el objeto de investigación tratado. A continuación exponremos las conclusiones que resultarían de interés por un lado a la criminología, por otro Derecho penal y, por otro, a la política criminal.

3.1. CONCLUSIONES PARA LA CRIMINOLOGÍA

Abandono de la investigación sobre la disuasión en el ámbito criminológico español

Si a la criminología le ha interesado la teoría de la disuasión general es porque la misma siempre ha tenido una aspiración de explicar por qué se incumplen las normas, y en tanto en cuanto pueda explicar el incumplimiento, también pueden llevarse a cabo desde la misma criminología estrategias de prevención, en este caso, indicando en qué medida la pena disuade y cómo tiene que ser esta para lograr tal efecto. Aunque, como hemos visto en el *Capítulo IV*, tras caer en desgracia a partir de 1900 la misma

fue recuperada a final de los años 60 con el auge del enfoque económico, ese renacimiento del interés por esta teoría no se ha producido igual en Estados Unidos que en España. En efecto, como se ha ido señalando, sobre esta teoría se ha avanzado mucho en la literatura anglosajona. El interés tanto teórico como empírico no ha cesado en todos estos años, siendo la literatura inabarcable. Las líneas de la investigación al respecto, que siguen hoy activas, se han ocupado no solo de entender qué es lo que queda dentro de la disuasión o el proceso por el cual se produciría, sino que también se ha ocupado de explorar las mejores metodologías para analizar el fenómeno, poner a prueba, reforzar o descartar diseños de investigación, ítems, etc., así como también se ha ocupado de la aplicación de estas variables a delitos concretos.

Sin embargo, no parece que tal interés haya tenido un reflejo en la criminología española. Como apuntábamos anteriormente, la teoría de la disuasión aparece en los manuales de criminología como una de las teorías disponibles (la Escuela Clásica), pero casi más como una reminiscencia por la que hay que pasar. Da la sensación de que, en sintonía con lo que sucedía cuando esta teoría fue abandonada, se entiende que un análisis de costes y beneficios del sujeto es una explicación demasiado simple y poco fructífera porque no da cuenta realmente entre otras cosas, por ejemplo, de las motivaciones del infractor, ni tampoco variables de tipo social o estructural, en las que habría estado interesada buena parte de la criminología. Además, no se escatima en poner de relieve que esta teoría «no funciona», que los estudios en su mayoría estadounidenses sobre la pena de muerte o las penas de larga duración muestran que éstas no disuaden. Y sin mayores problemas se suele pasar a la exposición de las teorías sobre la criminalidad. En efecto, la criminología española ha tendido a centrarse en las teorías de la criminalidad que pueden explicar las causas personales y sociales de por qué una persona comete un delito, se ha ocupado de las *big theories*. Con ello se ha tendido a dejar de lado a la teoría de la disuasión que al contrario de las anteriores es una

teoría de alcance medio, quedando prácticamente reservada para el ámbito de los enfoques ambientales.

Algo similar, como se ha comentado, ha pasado en el debate sobre la teoría de la pena. Quizás porque se comparte una visión tanto desde la perspectiva del Derecho penal como desde la criminología española de que la pena debe servir para algo más noble como puede ser la reinserción o la reeducación, o la evitación del delito por otros medios menos negativos o intrusivos, quizás porque la criminología española desde sus inicios estuviera a cargo de ilustres penalistas, es una teoría que en lo que se refiere al ámbito criminológico ha recibido poca atención. En este sentido, a nuestro juicio, es necesario que la criminología española se interese más por este mecanismo por varias razones: a) la primera es que no ha perdido su interés científico. Saber cómo interactúan las personas con respecto a la sanción penal es importante y es un conocimiento que puede ser utilizado en estrategias de prevención, al menos, la que sea posible por medio de las normas. Al fin y al cabo, las normas penales no van a desaparecer y la criminología tiene un importante papel en ayudar a determinar qué tipo de normas penales y castigos son más adecuados; b) la segunda es que, como se ha indicado en otro lugar de este trabajo, muchas reformas del Código Penal y el uso que se hace del Derecho penal por el legislador, parte sin dudarlo de estas premisas, con lo que interesa más que nunca indagar en los efectos de la sanción penal para poder proporcionar el conocimiento empírico que es necesario para indicar cómo deben ser las sanciones penales.

La disuasión como proceso comunicativo

Una de las cuestiones que llama la atención del abandono del análisis empírico de la disuasión en España es que se tiende a, como se ha dicho, indicar rápidamente que los estudios muestran que las leyes penales estadounidenses han tenido un impacto en la reducción del delito tan modesto que no quedan justificadas en atención a su fin preventivo. Esto último, como

se ha comprobado en el *Capítulo V* donde hemos analizado los principales efectos de la sanción, es cierto, pero también lo son muchos más extremos. Entre ellos destaca, por ejemplo, que la teoría de la disuasión es una teoría subjetiva de los efectos de la sanción penal. Ello implica dos cuestiones: la primera es que la disuasión es un mecanismo de transmisión de la información en que consiste la amenaza y los riesgos de cometer la infracción; la segunda, que los efectos que produzca esa comunicación dependen en gran medida de cómo sean percibidos los riesgos de cometer el delito. En este sentido, posiblemente lo que indiquen los estudios es que la disuasión general tal y como se ha venido llevando a cabo no tiene gran poder de influencia. En efecto, si como cualquier mensaje comunicativo, la amenaza legal tiene que ser recibida por el receptor para que cause un determinado efecto, difícilmente podrá hacerlo si la estrategia de disuasión general no trata de centrarse en los mecanismos por los que se puede transmitir de manera efectiva dicha información para que la misma tenga capacidad de poder modificar las conductas.

Siguiendo esta línea argumental, posiblemente una de las líneas de investigación que debería seguir la criminología es el análisis de la mejor forma de transmitir la información, en la medida en que no hay que dar por hecho que la mera modificación de los códigos penales va a producir *per se* algún efecto sobre la delincuencia. Dicho de otro modo, quizá la cuestión no esté tanto en hacer las normas y diseñar los castigos como se había venido haciendo hasta ahora, sino hacerlo basándolos en la evidencia sobre lo que funciona y, en todo caso, pensando el diseño para que esté dirigido especialmente a la dirección de la conducta hacia el cumplimiento. Es decir, ya no es tanto si el legislador, con más o con menos justificación, decide modificar una ley por medio de la cual se introduce una pena como la prisión permanente revisable e indicar los expertos que ésta no disuade porque así lo podemos deducir de la literatura anglosajona, sino, ahora que sabemos mucho más sobre el mecanismo de la disuasión y tenemos mucha más información empírica, cabe preguntarnos si no deberíamos

abordar las normas desde lo que sabemos de la disuasión y otros mecanismos relacionados con la enunciación legal para tratar de mejorar su potencial preventivo.

Posiblemente sean mayoría los autores de la doctrina penal y de la criminología los que estén de acuerdo en admitir que el Derecho penal y, con éste la pena, debe ser utilizado únicamente cuando se considere estrictamente necesario; que es mejor prevenir que tener que castigar; que la pena es un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo; que hay que llevar a cabo todos los esfuerzos posibles para atajar lo que pueden ser las causas del delito a través de, por ejemplo, mejoras en las políticas de educación, de protección social, entre muchas otras, para no tener que utilizar un instrumento tan «brutal» como es la pena. En esto estaban de acuerdo hasta los propios autores de la Ilustración. BECCARIA ya escribió en su *De los delitos y las penas* que, aunque la pena justa es la pena útil, es mejor prevenir el delito que tener que castigarlo, que la pena no es la panacea y que se podría prevenir el delito mejor a través de otras intervenciones como la educación¹⁵⁰⁵. Pero ni al Marqués le pareció en su momento incompatible afirmar que la pena tiene que servir para prevenir con afirmar que la mejor prevención se debe llevar a cabo por otras vías extra-penales, ni a nosotros tampoco nos lo parece.

En tanto en cuanto la pena deba seguir existiendo y asumamos que la misma debe servir para prevenir, la criminología no debería abandonar la investigación empírica en materia de disuasión por completo a favor del estudio de las causas sociales del delito u otras materias más atractivas, porque, a nuestro juicio, puede aspirar a indicar cómo tienen que ser las normas penales para que alcancen su máximo potencial preventivo, o qué tipo de políticas públicas o estrategias se pueden adoptar sobre la base de lo que sabemos

¹⁵⁰⁵ Así, en la sección 45, el autor italiano expresaba que «Finalmente, el más seguro pero más difícil medio de evitar delitos es perfeccionar la educación» (BECCARIA, M., *Tratado de..., ob. cit.*, p. 85).

sobre cómo funciona el mecanismo disuasorio. Huelga decir, igualmente, que este conocimiento de la investigación en materia de disuasión no solamente cabe aprovecharlo para las normas penales, sino para la política criminal, para la política pública dirigida a prevenir el delito.

La certeza de la sanción: el principio de la certeza

Uno de los hallazgos que se ha mostrado consistente en la literatura es el potencial preventivo que tiene la certeza de la sanción, entendida esta como la certeza de aprehensión. En efecto, los estudios señalan que de las dos variables normalmente evaluadas por la literatura es el riesgo de ser aprehendido por las autoridades la que tiene un efecto disuasorio. En este sentido, hay razón para creer que el aumento de la certeza tiene una capacidad para modificar la conducta del sujeto. Así, NAGIN vuelve a llegar casi a la misma conclusión sobre la certeza de la sanción en su revisión de la literatura de 2018 que en la que llevó a cabo en 2013:

Llego a la conclusión, al igual que muchas revisiones anteriores de la investigación sobre la disuasión, de que las evidencias que apoyan el efecto disuasorio de varias medidas de la certeza del castigo son mucho más convincentes y consistentes que las de la severidad del castigo¹⁵⁰⁶.

Este dato ya indica que el legislador no puede operar al margen de estas evidencias si pretende que la estrategia disuasoria sea efectiva. En este sentido, modificar un determinado delito para aumentar las penas y esperar que ese cambio por sí mismo afecte a las percepciones del potencial infractor que se dispone a realizar una infracción, es como pretender curar una enfermedad grave a base de ibuprofeno. En este sentido, la política pública en materia de prevención debe tener en cuenta necesariamente la importancia de la certeza

¹⁵⁰⁶ NAGIN, D.S., «Deterrent Effects of the Certainty...», *ob. cit.*, p. 157.

sobre la severidad para el efecto disuasorio de la norma de que se trate, y elaborar estrategias en este sentido.

La severidad de las sanciones

Desde un punto de vista de los efectos generales de la sanción penal, son dos el tipo de medidas que resultan de interés. Por un lado, interesa comprobar si aumentos en la severidad extremos en las leyes penales traen como consecuencia una reducción de la delincuencia; por otro, si cualquier nivel de severidad puede tener efectos disuasorios¹⁵⁰⁷.

En cuanto a los posibles efectos marginales, la evidencia muestra que incrementos en la severidad de las penas no producen por sí mismos una reducción de la delincuencia. Es decir, no se ha comprobado que un castigo que sea más severo de lo que lo era anteriormente prevenga más delitos de lo que lo hacía cuando era más benévolo. Es por ello por lo que aumentar la severidad de delitos que ya son de por sí severos es irracional desde el punto de vista instrumental, porque si no evitan que los delitos acaben aconteciendo con una severidad alta, nada indica que una severidad incluso mayor vaya a producir un mayor efecto disuasorio.

Sin embargo, los estudios anteriores sobre los efectos marginales normalmente analizan, como hemos visto, el posible efecto de reducción de la delincuencia de leyes penales como las *three strikes* o las penas de muerte. No obstante, algo que llama en realidad la atención es precisamente la escasa investigación en torno a si otro tipo de aumentos de la severidad de la sanción (e.g., prisión de tres a cuatro años) tiene algún poder preventivo. En este sentido, destaca TONRY que, de la literatura sobre los efectos marginales del establecimiento de leyes tan severas

¹⁵⁰⁷ TONRY, M., «An Honest Politician's Guide to Deterrence: Certainty, Severity, Celerity, and Parsimony», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., LERO JONSON, C. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.

como la cadena perpetua o similares, no puede directamente derivarse que aumentos más modestos en la severidad no vayan a producir ningún efecto preventivo o que la evidencia va a ser similar que en los casos anteriores, «modesta en el mejor de los casos».

No obstante, aunque existe este vacío, indica TONRY que, a su juicio, no cree que los resultados fueran a ser muy diferentes a los obtenidos en los estudios sobre los efectos de leyes como las *three strikes*. A esta conclusión llega porque entiende que los estudios de calibración han mostrado en varias ocasiones que la ciudadanía no calibra adecuadamente la severidad y certeza objetivas del castigo, y si no calibra bien la severidad objetiva difícilmente, dice TONRY, puede presumirse que cambios modestos en la severidad producirían un efecto disuasorio.

No obstante, frente a ello, entendemos que la conclusión de TONRY, pudiendo estar en lo cierto, es un tanto precipitada y a la misma podría criticársele lo mismo que indica él sobre la necesidad de no extrapolar los resultados de los estudios en materia de leyes penales realmente severas al estudio del efecto de la severidad en modificaciones modestas de la misma. Como ha mostrado la literatura, una cuestión es la disuasión como mecanismo de transmisión de la información que necesita afectar a las percepciones individuales de los potenciales infractores; y, otra es si, en el supuesto de que esa afectación pudiera garantizarse, las variables de la disuasión tienen capacidad para modificar la conducta. En este sentido, en el *Estudio 5* se ha mostrado a través de un diseño cuasiexperimental que la severidad sí puede tener un rol en la decisión sobre si infringir o no una norma. En concreto, ello se da cuando la certeza de la sanción alcanza unos determinados niveles. Esto indica que si bien en los extremos de la certeza (certeza nula-certeza total) la severidad pierde prácticamente la importancia disuasoria, en niveles intermedios de certeza, cuando la misma es baja o media, la severidad sí que tiene un papel en la decisión de infringir. En este sentido, este tipo de estudios muestra que, aunque todavía se requiere mucha más

investigación al respecto, el incremento de la severidad puede tener un efecto, pero para que se produzca el mismo tiene que combinarse con determinados grados de certeza. De esta forma, la criminología podría tener aquí un papel importante para determinar cuáles son los grados de certeza y cómo se combinan con los distintos grados de severidad, con el objetivo último de indicar la estrategia disuasoria óptima.

Otros factores que influyen en el cumplimiento de las normas

Si bien, como se ha ido poniendo de relieve en la reconstrucción de la teoría de la disuasión, la criminología empezó pronto a tener en cuenta y a considerar que hay otros elementos que podrían entenderse también como «costes del delito» y que van más allá de la sanción formal, con la aportación de la psicología social y la psicología moral al debate, este extremo ha quedado todavía más evidente. En este sentido, en muchas ocasiones la razón por la que nos amoldamos a la disciplina social es porque el contexto normativo así nos lo exige. Para la vida en comunidad importa el modelo de conducta socialmente establecido, y también importa lo que las personas piensan que es correcto o incorrecto. En este sentido, la criminología también tiene una buena oportunidad para explotar esta vía con el objetivo de analizar en qué medida el poder de las normas sociales y de la legitimidad percibida puede favorecer el cumplimiento de estas, y todo ello, más allá de las teorías criminológicas que tradicionalmente han dado cuenta de que, efectivamente, la influencia social que ejercen los pares sobre el individuo puede ser un factor de riesgo para la comisión delictiva. Aquí estamos tratando de ir más allá de eso para poner de relieve que la criminología tiene un campo por explorar cual es analizar y determinar en qué condiciones y circunstancias, así como qué elementos determinan el cumplimiento de las normas.

El potencial de la economía del comportamiento

Una de las últimas líneas de investigación en la literatura criminológica es la relativa a la forma en la que los delincuentes pueden tomar las decisiones delictivas y, específicamente, en qué medida pueden estar implicados algunos sesgos y heurísticos. En este sentido, como se ha visto en la revisión de la literatura, ésta todavía es incipiente y, por el momento, algunos experimentos no han mostrado los efectos que se esperaban o que se predecían. No obstante, esta línea de investigación es importante porque puede ayudar a explicar algunos resultados que se habían mostrado consistentes en la literatura criminológica, pero también porque si es posible predecir los sesgos y heurísticos con respecto a los riesgos percibidos de cometer un delito, se podrán diseñar estrategias disuasorias mucho más efectivas.

La necesidad de evaluar los efectos contraproducentes

Más allá de todo lo anterior, a la criminología también corresponde, a nuestro juicio, evaluar los efectos contraproducentes de la sanción penal. En efecto, como se ha explicado en el *Capítulo V*, en general se ha tendido a focalizar la atención sobre los efectos disuasorios de la ley penal, del uso de la severidad y la certeza de la sanción. Sin embargo, menos abundante es la literatura que se ha preocupado por los posibles efectos perversos que puede producir esa misma sanción penal para el cumplimiento de las normas. En esta tesis nos hemos centrado en uno de ellos que es el incumplimiento derivado de una falta de legitimidad de la norma penal, erosionada por una serie de características que la misma adquiere, entre las que se encuentra que se considere injusta. No obstante, la literatura también ha mostrado otro tipo de efectos contraproducentes como, por ejemplo, el incumplimiento derivado del establecimiento de una norma de tal forma que la misma se considere no como una amenaza sino como la comunicación del modelo de conducta social ampliamente establecido y

consistente en el incumplimiento¹⁵⁰⁸. En todo caso, parece poco discutible que esta es una línea de investigación en la que es necesario profundizar mucho más.

3.2. CONCLUSIONES PARA EL DERECHO PENAL

Razones para tener en cuenta lo empírico

En no pocas ocasiones en Derecho penal se tiende a asimilar «empírico» con criminología o, al menos, con otra cosa que no es Derecho penal. Ello ha permitido, a nuestro juicio, que la dogmática y la doctrina se hayan mantenido durante tanto tiempo al margen de los estudios que podrían haberle proporcionado información relevante. En este sentido, si aceptáramos dicha máxima, que los estudios empíricos sobre el castigo no son Derecho penal y, por tanto, no son necesarios para esta rama del ordenamiento jurídico, esta tesis doctoral solo tendría implicaciones esencialmente para la criminología o para la política criminal, no pudiendo aportar gran cosa al Derecho penal en general y a la dogmática en particular.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta tesis puede interesar tanto a un criminólogo como a un penalista, si no es que posiblemente el Derecho penal esté más ávido de incorporar argumentos con base empírica que la criminología que está mucho más acostumbrada a mirar a los estudios científicos o a crear los suyos propios para apoyar determinadas hipótesis y refutar otras tantas. En este sentido, creemos que hay razones de peso por las que atender a las ciencias sociales-empíricas en el ámbito de la pena para incorporar al debate tales conocimientos. A continuación, sin ánimo de exhaustividad, enunciamos las siguientes:

- *De carácter superficial*: como se ha puesto de relieve en el *Capítulo II*, creemos que es necesario actualizar el debate sobre el fin preventivo de la pena y el Derecho penal en

¹⁵⁰⁸ KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.*

la manualística de Derecho penal. Como recordaba ORTIZ DE URBINA GIMENO, no parece que tenga mucho sentido que en la exposición del debate que se ofrece a los estudiantes se obvien los estudios científicos sobre los efectos de la sanción penal cuando se exponen las teorías de la pena¹⁵⁰⁹, especialmente cuando ya se cuenta con buenas revisiones de la literatura. Pero es que, además, como señalaban MEARES, KATYAL y KAHAN, ello puede resultar incluso perjudicial en la formación de todos aquellos juristas a los que no se les va a instruir en estos efectos individuales y sociales de la sanción penal pese a que se defienda una posición en la que se entiende que la función del castigo es generar «X» efectos, dificultando así que los mismos puedan en un futuro desarrollar propuestas de política criminal o, al menos, una actitud más crítica frente a determinadas intervenciones legislativas¹⁵¹⁰. En todo caso, aunque esta es una cuestión a la que habría que prestar atención, se ha catalogado de superficial en tanto en cuanto no es la razón de más peso por la cual sería necesario atender a las evidencias empíricas.

- *De tipo epistémico*: en el *Capítulo II* también se ha abogado por la necesidad de tener en cuenta las evidencias sobre los efectos individuales y sociales de la pena, porque ello sitúa a la doctrina que lo haga en una mejor posición epistémica. Si asumimos con cierta facilidad que una sanción va a causar o causa de hecho tal o cual efecto, debemos conocer cómo funciona el castigo y no basarnos en un «realismo cotidiano». ¿Cómo va la dogmática a criticar determinadas intervenciones del legislador sobre la base de los efectos de la sanción penal si no tiene en su poder el conocimiento sobre cuáles son esos efectos?

¹⁵⁰⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo sin...», *ob. cit.*

¹⁵¹⁰ MEARES, T. L., KATYAL, N., y KAHAN, D. M., «Updating...», *ob. cit.*

- *Para ser consecuentes:* Si, como se ha hecho a lo largo de todo este trabajo, se asume que el Derecho penal cumple una función preventiva y también que la pena tiene una parte, por tanto, instrumental, y debe servir también a ese fin preventivo, es necesario atender a ello. A nuestro juicio, y como sostendremos en este mismo apartado, el debate sobre la toma en consideración de las consecuencias medidas empíricamente tiene dos fases: la primera es la relativa a defender frente a aquellos que entienden que no es necesario atender a las evidencias procedentes de los estudios científico-sociales, que las consecuencias son importantes, que el Derecho penal debe mirar a las mismas, y que la pena tiene unos efectos sociales e individuales que hay que tener en cuenta para un mejor diseño de la misma. La segunda es la relativa a incorporar de forma efectiva lo que se sabe sobre esos efectos en los diferentes debates tradicionalmente reservados a la dogmática y donde se entienda que los mismos son importantes. A nuestro juicio, la primera cuestión, la de la promesa de mirar a las evidencias, debería darse por superada y avanzar hacia la segunda, no tan común incluso entre aquellos que defienden la mirada a los estudios científicos.

- *Para el ejercicio de la función crítica y la contribución a la política criminal por parte de la dogmática y la doctrina:* una de las consecuencias que tendría estar en una mejor posición epistémica, de conocer cómo funciona el castigo y cuáles son los efectos sociales e individuales que van revelando los estudios científicos en la materia sería, sin duda, la mejor posición también para desenmascarar las razones del legislador. No es que este trabajo no lo esté haciendo ya la dogmática y la doctrina penal desde argumentaciones normativas, pero desde luego que, cuando una justificación para la reforma del Código Penal esté basada en la disuasión o en algún otro efecto preventivo de la pena, la doctrina que no esté al tanto de los conocimientos empíricos sobre los efectos sociales e

individuales de la sanción, poco podrá decir. Podrá seguir diciendo lo que intuye, lo que cree que pasaría a su juicio, pero no lo que tiene más posibilidades de pasar en la realidad en atención al conocimiento acumulado gracias a décadas de estudios científicos. En este sentido, creemos que la dogmática y la doctrina se tienen que armar con el conocimiento empírico para poder realizar una crítica más completa al legislador. En nuestra opinión, tener un mayor conocimiento sobre los efectos sociales e individuales del castigo puede ayudar a criticar determinadas intervenciones, y hacer caer justificaciones consecuencialistas que no se sostienen al contrastarlas con la realidad. Con ello evitaríamos ofrecerle al legislador un marco conceptual vacío de conocimiento empírico del que se pueda servir libremente para realizar las modificaciones que considere oportunas y con unas motivaciones bien distintas a la prevención. Pero, además, también sería interesante tal conocimiento para las propias propuestas de *lege ferenda* que la doctrina suele realizar. La dogmática y la doctrina no han renunciado a su labor creativa. Tanto desde la perspectiva de la teoría del delito en tanto en cuanto se trata de orientar las categorías del delito a determinadas funciones de la pena, como desde la parte especial del Derecho penal, se tiende a proponer mejoras a los distintos tipos penales, normalmente basadas en una coherencia del sistema y en valoraciones normativas. Sin embargo, a nuestro juicio, también atañe a una doctrina orientada a las consecuencias la proposición de sanciones óptimas, que, valoradas en función de la eficacia, la eficiencia y la efectividad, sean las más aconsejables. Durante muchos años, demasiados, se ha obviado esta tarea, quizá porque se ha creído que con el arsenal normativo es suficiente para poder ejercer la función crítica; quizá, porque no se considera que esta forma de proceder se ajuste a los valores de la propia dogmática o de un Derecho penal correcto que no debe dejarse llevar por el Derecho penal de la eficiencia; quizá, porque se ha

considerado que ello forma más parte de la forma de proceder de otras ramas como el Derecho Administrativo o la Economía. No obstante, a nuestro juicio, los penalistas deberíamos abrirnos a incorporar a nuestro arsenal normativo, otra serie de herramientas más empíricas y que pueden servir para el ejercicio de contención del Derecho penal.

En este sentido, aunque seguir mirando por el rabillo del ojo a las ciencias sociales es todavía posible, no es razonable seguir haciéndolo en aquellos debates en los que se dice y se asumen determinados efectos del Derecho penal. Por ello, es momento de dar contenido empírico a esas intuiciones que se han mantenido durante tanto tiempo por todos aquellos que defendiendo una teoría preventiva de la pena han asumido que en algún momento esta efectivamente previene, bien sea por medio de una amenaza legal o bien sea por el lanzamiento de un mensaje comunicativo en el que se ponen de relieve los valores sociales. En lugar de directamente apelar a una falacia naturalista que posiblemente no sea tal, la dogmática haría bien en dar un paso más allá. A nuestro juicio, en realidad, ya no se trata de una cuestión de «evidencias sí, evidencias no». Asumiendo, como se hace, la función preventiva del Derecho penal, debemos superar la dicotomía, asumir que efectivamente «evidencias empíricas, sí», y establecer cómo, cuándo y por qué. Es sobre esta última cuestión en la que la dogmática debería estar dispuesta a entrar y en la que tiene un trabajo importante por delante.

Implicaciones para el debate sobre la teoría de la pena

Como se ha mencionado en diversas ocasiones, en esta tesis doctoral no se ha tenido como propósito la construcción de una nueva justificación consecuencialista de la pena. Nuestro objetivo, en cambio, ha sido mucho más modesto y se ha circunscrito a la comprobación empírica del efecto preventivo de la enunciación del castigo como medio para conseguir la prevención de conductas desde el Derecho penal. Sin embargo,

sí cabe extraer una serie de conclusiones que son de interés para el debate de la teoría de la pena, en concreto, el relacionado con la prevención general social que puede realizarse por medio de la enunciación de la norma penal. De lo analizado hasta aquí tanto a nivel teórico como empírico, podríamos sacar las siguientes conclusiones:

- No es demasiado controvertido afirmar y, por tanto, partir de la consideración de que la enunciación de la norma penal por medio de la criminalización de nuevas conductas o de la modificación de las ya existentes es un acto comunicativo. Pero este no es un acto comunicativo que se lanza desde el Estado por que sí, sino que se espera que el mismo genere un determinado efecto preventivo, que contribuya a la decisión del que se plantea tomar una decisión sobre si infringir o no una determinada norma.
- A partir de aquí, sin embargo, las posturas pueden diferir en la dogmática en torno a si esa prevención se produce por medio de la prevención general negativa o si, en cambio, se da por medio de la reafirmación de determinados valores sociales que estarían integrados en las normas penales consiguiendo de ese modo el cumplimiento voluntario y la cooperación social, es decir, por medio de la prevención general positiva. ¿Cuál es, entonces, el mecanismo por el cual esa comunicación genera efectos preventivos?
- Tradicionalmente se ha dado por sentado que la enunciación o, más bien, la conminación de penas buscaba lanzar una amenaza lo suficientemente poderosa como para repeler la inclinación hacia la comisión delictiva del potencial infractor. Un sujeto racional que evalúe los beneficios y los costes de cometer un delito, tenderá a no realizarlo si percibe que los costes de cometerlo superan a los beneficios. Este es el marco de la prevención general intimidatoria. Esta idea tan intuitiva y elevada al rango de teoría sobre la función de la pena,

ha guiado en muchas ocasiones la criminalización de conductas y el aumento de penas. No obstante, que la enunciación de penas y el aumento de la severidad tenga un efecto, por decirlo así, ecológico es prácticamente algo anecdótico. Para que la disuasión general funcione, para que el sujeto realmente decida no incumplir sobre la base de la disuasión, se requiere que el mismo sujeto perciba los riesgos de cometer el delito, perciba que efectivamente hay una determinada certeza de que será aprehendido y dentro de esa certeza, que la severidad percibida sea suficiente para que supere los beneficios del delito. Por ejemplo, no tendría sentido una certeza total de que se va a ser detectado conduciendo por encima de los límites de velocidad, pero la sanción correspondiente sea de una multa de 5 euros, porque entonces, aunque la certeza sea total, es posible que compense exceder los límites de velocidad y haya quien pague el precio por excederlo. Del mismo modo, de nada vale que la severidad consista en una multa de 1000 euros por exceder la velocidad si la certeza del sujeto de que será efectivamente detectado por las autoridades es prácticamente nula. En la medida en que para que la disuasión general funcione se requieren de muchos más condicionantes que poco a poco ha ido desentrañando la literatura empírica, y también de que en los estudios sobre factores de cumplimiento han mostrado que la razón para cumplir la norma la mayoría de las veces está en otro tipo de factores, se podría indicar que la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria tiene serios problemas para funcionar como explicación principal del cumplimiento de las normas.

- En cambio, en la línea de lo señalado por MIRÓ LLINARES¹⁵¹¹, que se apoya en las aportaciones realizadas en la literatura por autores como ROBINSON¹⁵¹²,

¹⁵¹¹ MIRÓ LLINARES, F., «La función...», *ob. cit.*

¹⁵¹² ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*

NADLER¹⁵¹³ o MCADAMS¹⁵¹⁴, pero también en atención a lo expuesto por BOTTOMS¹⁵¹⁵ sobre los mecanismos de cumplimiento, parece que la mayor parte del cumplimiento de las normas se debe al contexto normativo. Es cierto que también es posible que en muchas ocasiones se cumpla por hábito o rutina¹⁵¹⁶, pero incluso el hábito y la rutina vendrían dados previamente por las normas sociales y el contexto normativo que estaría tan interiorizado por el sujeto que ni siquiera llegaría a preguntarse ni a cuestionar por qué está cumpliendo o sobre la base de qué toma la decisión de cumplir. Como se ha visto, y también se ha analizado empíricamente, tal contexto normativo viene dado por las normas sociales, estas son, «reglas y estándares compartidos por un grupo que sirven para guiar y/o restringir el comportamiento social de sus miembros, que surgen de la interacción social, que pueden estar más o menos explicitadas y cuya trasgresión se penaliza con sanciones informales que aplica la sociedad»¹⁵¹⁷. Estas normas sociales, además, tienden con el tiempo a convertirse en normas legales y, entonces, a formar parte del catálogo de las cuestiones que no son permisibles socialmente. Del mismo modo, normas legales facilitan, si se entienden legítimas y coinciden con ciertas intuiciones de justicia como añadiría ROBINSON¹⁵¹⁸, que se conviertan, asimismo, en normas sociales.

- En este sentido, los estudios empíricos en materia de cumplimiento vendrían a reforzar aquellas posturas que,

¹⁵¹³ BILZ, K., y NADLER, J., «Law, moral attitudes...», *ob. cit.*

¹⁵¹⁴ MCADAMS, R., *The expressive...*, *ob. cit.*

¹⁵¹⁵ BOTTOMS, A., «Understanding Compliance...», *ob. cit.*

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*,

¹⁵¹⁸ ROBINSON, P. H., «Una tregua...», *ob. cit.*

como KAHAN¹⁵¹⁹ o MIRÓ LLINARES¹⁵²⁰, entienden que la función del castigo en su enunciación es la prevención general social, pero por medio de la comunicación a la ciudadanía del modelo de conducta social, de lo que es admisible en la sociedad. Con una norma penal se les estaría informando a los ciudadanos cuál es la conducta que se espera de ellos o, más bien, cuál es la conducta que se espera en la que no incurran. Los estudios sobre influencia social mostrarían que, por un lado, a las personas nos preocupa y por tanto nos motiva el juicio de aprobación o desaprobación social, y también, que, en caso de duda, tendemos a observar cuál es la conducta típica para tratar de adaptar la nuestra a la normatividad.

- Asimismo, los estudios sobre cumplimiento normativo también identifican que para dicho cumplimiento es esencial lo que el sujeto valore como correcto o incorrecto, justo o injusto. Un autor que ha dedicado prácticamente el grueso de su contribución académica a tratar de mostrarlo es ROBINSON que, junto a DARLEY¹⁵²¹, han mostrado empíricamente que, en efecto, la ciudadanía tiene una serie de intuiciones compartidas sobre lo que debería ser delito y también en qué medida debe castigarse y cuánto. Estas intuiciones sobre el *core of wrongdoing*, como señalan estos autores, son en realidad, mucho más matizadas de lo que se tiende a pensar. De esta forma, ROBINSON le da especialmente importancia y considera esencial que haya una identificación entre la norma legal y las intuiciones de justicia porque ello tiene como consecuencia el cumplimiento normativo derivado de la interiorización de las normas sociales y del modelo de conducta legítimo¹⁵²². Si se da esa correspondencia, si el Derecho penal y el sistema de justicia penal aplica las

¹⁵¹⁹ KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*

¹⁵²⁰ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

¹⁵²¹ ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., *Justice...*, *ob. cit.*

¹⁵²² ROBINSON, P. H., «Una tregua...», *ob. cit.*

normas penales basadas en las intuiciones de justicia y se gana la reputación de ser un Derecho penal que se aplica en este sentido, el mismo adquiere credibilidad moral. Esta credibilidad moral permite que, cuando se tipifica una conducta o cuando se establece una determinada pena se le atribuya una cierta credibilidad y deferencia derivada de entender que lo que habrá detrás de esa modificación o de esa distribución del castigo es acorde con las intuiciones de justicia de la comunidad, reforzando de nuevo el modelo de conducta social. Así, por ejemplo, en un sistema de justicia penal con un Derecho penal que reúna estas cualidades, se tenderá a asumir por parte de la ciudadanía cuestiones como, por ejemplo, que aquellas conductas a las que se asocia penas como la cadena perpetua son conductas realmente graves; que el hecho de que la ley prohíba determinadas conductas es porque se consideran socialmente condenables; entre muchas otras cuestiones¹⁵²³. Es en este sentido que un Derecho penal acorde con todo lo anterior que se gane la credibilidad moral suficiente conseguirá el cumplimiento normativo de la manera menos costosa posible y la cooperación necesaria por parte de sus destinatarios.

- Nuestros estudios empíricos y también la literatura previa irían en la dirección de mostrar que, efectivamente, en no pocas ocasiones las normas penales funcionan como la expresión del modelo de conducta legítimo, y, por tanto, es necesaria esa legitimidad percibida y que la norma y las sanciones tengan una serie de cualidades que el legislador no debería sacrificar. En este sentido, en el *Estudio 6* se ha analizado que las normas sobre la libertad de expresión, en tanto en cuanto no estén revestidas de legitimidad y la aplicación de las mismas se experimente como algo injusto, como algo que no debería ser delito o que haya una desproporcionalidad

¹⁵²³ *Ibid.*

en su castigo, puede minar la credibilidad moral hacia el sistema, el vínculo con el agente sancionador, entre otros efectos contraproducentes no solo para el cumplimiento de la norma considerada de forma aislada, sino para el propio sistema y la autoridad sancionadora.

- ¿Significa lo anterior, entonces, que la disuasión es descartable en todos los casos? En modo alguno lo anterior niega las posibilidades disuasorias derivadas de la intimidación. Ello sería absurdo y bastaría con plantearse las conductas en la que la mayoría de los ciudadanos incurren como, por ejemplo, conducir por encima de la velocidad permitida o ingerir alguna cantidad de alcohol y posteriormente conducir. En el primero de los casos, la mayoría de las personas reducirán su velocidad de forma inmediata cuando visualicen el correspondiente radar. En el segundo, también la mayoría se planteará no ingerir nada de alcohol ante la posibilidad de encontrarse con un control policial que es habitual que se sitúe en una localización por la que necesariamente se tiene que transitar. Lo que niega es que la enunciación por sí misma tenga el efecto intimidatorio en la población general cuando los estudios han mostrado de forma consistente que para que la disuasión funcione tienen que darse toda una serie de requisitos que no se dan en la realidad. No obstante, cuando esos presupuestos se dan, el mecanismo disuasorio puede entrar a formar parte de la decisión de no incumplir con la norma, y siempre y cuando el sujeto se plantee incumplir. Es más factible, por tanto, en atención a lo que sabemos, entender que el mecanismo que produce la mayor parte de la prevención por medio de la enunciación de la norma penal es principalmente la comunicación de la norma social positivizada y a la que se le ha otorgado una legitimidad formal, material y sustantiva. Al menos, parece más factible asumir esto último que presuponer que la función principal de la enunciación es solo y principalmente la disuasión general

cuando los estudios se han encargado de poner en serias dificultades esta asunción.

- En consecuencia, si bien el mecanismo mayoritario por el que se cumplirían las normas es la mencionada influencia social y la legitimidad sustantiva, la disuasión puede servir también como mecanismo frente a aquellos que se planteen infringir la norma al margen de lo que dicte el modelo de conducta social establecido. En este sentido, el mecanismo de la disuasión operaría como una razón más o más bien un segundo nivel de razonamiento dirigido al sujeto que se plantea infringir la norma según el cual el Derecho penal le está comunicando que en caso de incumplimiento se le aplicará una pena que hará que los beneficios del delito sean inferiores a los costes. Además, si asumimos que el primer nivel de razonamiento en el diálogo entre el Estado y el sujeto es la comunicación del modelo de conducta social, también lo es que en este segundo nivel de razonamiento en el que operaría la disuasión, el mensaje comunicativo estaría compuesto por la amenaza que supone la sanción formal, pero también la informal. Pero para que ello sea así, como se ha ido señalando en distintos apartados, la estrategia disuasoria tiene que estar específicamente diseñada para lograr tal utilidad y, por tanto, responder a los requisitos que ha ido revelando la literatura empírica.

En este sentido, entendemos que posiciones como la de KAHAN¹⁵²⁴ o la de MIRÓ LINARES¹⁵²⁵ con respecto a la función de la pena están mucho más próximas a las conclusiones que cabe extraer de los estudios científico-sociales sobre el castigo y, desde luego, son una muestra de cómo la información empírica puede imbricarse con un debate que tradicionalmente se había relegado al ámbito de lo normativo. A ellos cabe sumar autores

¹⁵²⁴ KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*

¹⁵²⁵ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

como ROBINSON¹⁵²⁶ o como RODRÍGUEZ HORCAJO¹⁵²⁷, que han tratado de formular sus respectivas posiciones utilizando el conocimiento empírico y proponiendo «soluciones» a un debate que llevaba décadas enconado. En todo caso, como en todo gran debate, cualquier solución es siempre parcial y cada una de estas posturas plantea también problemáticas a las que tendrán que hacer frente. Todas estas propuestas, como indicábamos en el *Capítulo I*, se enfrentan a la siempre aducida crítica relacionada con la falacia naturalista que, en realidad, no sería tal. Y, en todo caso, cabría preguntarse qué diferencia se da entre aquellas teorías tradicionales que se han ganado un lugar entre las teorías de la pena más citadas y entre las que se presuponen una serie de efectos, y estas teorías recientes que hacen lo mismo, pero en lugar de presuponer se basan en estudios científico-sociales. Del mismo modo, cada uno de ellos, al igual que cada autor de la dogmática que ha tratado de proponer una teoría de la pena, deberá hacer frente a lagunas o inconsistencias en sus propias posiciones, si bien este no será el lugar para ponerlas de relieve ni tampoco para discutir las. El propósito de este apartado que esperamos haber cumplido, es poner de relieve algunos hallazgos en materia de cumplimiento normativo que podrían ser útiles y ser incorporados en el debate sobre la teoría de la pena.

3.3. CONCLUSIONES PARA LA POLÍTICA CRIMINAL

En el *Capítulo VI* se mencionaba que esta tesis doctoral no solo respondía a un objeto de investigación que interesara únicamente al foro académico, sino que también tenía una vocación de política criminal clara. En la medida en que la estrategia disuasoria es una de las que emplea el legislador para tratar de contener el delito dentro de unos límites considerados socialmente tolerables, o es la estrategia de la que hace uso cuando una situación de alarma social así lo requiere, esta tesis

¹⁵²⁶ ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*

¹⁵²⁷ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

doctoral puede servir para informar empíricamente esas decisiones.

Desde una perspectiva más general que nos da el haber realizado la revisión de la literatura en materia de disuasión y, más allá de que la primera recomendación sería que se en España deberían incentivarse más los estudios circunscritos a nuestras propias leyes para no tener que acudir a estudios de la literatura anglosajona, el legislador podría tomar nota, al menos, de las siguientes conclusiones:

Leyes más duras como las cadenas perpetuas, no necesariamente tienen como consecuencia una reducción del delito.

Es hasta cierto punto comprensible que el legislador preocupado por un determinado tipo de violencia o de crímenes de especial gravedad y, en no pocas ocasiones presionado por las propias víctimas o asociaciones de víctimas (que, por lo demás, suelen tener el respaldo y la empatía de la mayor parte de la sociedad), tenga la tentación de aumentar la severidad de las penas para dar una respuesta a este tipo de delitos. Sería el caso de, por ejemplo, la prisión permanente revisable en nuestro país, o las cadenas perpetuas o penas de muerte en Estados Unidos. Sin perjuicio de la necesidad de estudios rigurosos que analicen, al modo en el que lo hacen en Estados Unidos, el efecto de la prisión permanente revisable en la prevención del tipo de delitos para los que esta pena está prevista, desde la literatura disponible en este tipo de condenas se obtiene que este tipo de leyes y penas especialmente severas no previenen la delincuencia más de lo que lo hacen leyes y penas menos severas. En consecuencia, si la idea es la de la prevención, este tipo de penas no son necesarias y no cumplen tal fin mejor de lo que lo hacen penas menos severas.

Sin la certeza de la sanción, la estrategia disuasoria cae en saco roto

En la línea de lo que se comentaba anteriormente, puede parecer muy intuitiva la idea de que aumentar la severidad y la certeza

de las sanciones va a traer como consecuencia que el coste del delito aumente para el potencial infractor y, por tanto, éste decida no infringir la norma. De los estudios que han tratado de analizar específicamente estas dos variables, lo que se obtiene es que no es tanto la severidad lo que tiene capacidad para disuadir el comportamiento delictivo sino la certeza de ser aprehendido. En este sentido, el legislador español debe plantearse seriamente en qué medida sirve al fin preventivo el aumento de la severidad de las penas cuando de las evidencias cabe deducir que de muy poco. Tocar el Código Penal (ya de por sí especialmente duro, e incluso en algunas ocasiones desproporcional) y no hacer nada más al respecto, es una estrategia que en lo que interesa que es la prevención puede resultar estéril, y además en algún sentido poco justa. Esto último porque si la función con la que se compromete tal legislador es con la prevención y sabe, gracias a la acumulación de conocimiento empírico, que aumentar las penas no implica necesariamente un rédito preventivo si no toma otro tipo de acciones relacionadas con otras variables como la certeza, la legitimidad o los modelos de conducta social, no es que sea un legislador imprudente sino que actúa de manera dolosa con respecto a la falta de cumplimiento de lo que en sus manos está hacer para prevenir el delito.

Toma en consideración de las intuiciones de justicia y las normas sociales

Sería difícil discutir que el legislador actúa siempre en contra de dichas intuiciones o normas sociales. Más bien al contrario, se tiende a criminalizar aquello que socialmente se considera intolerable. Cuestión distinta es por medio de qué cauces el legislador llega a aprehender este tipo de cuestiones. Sin embargo, es posible que en diversas ocasiones se desvíe o no evalúe adecuadamente cuáles son las normas sociales o sea demasiado parcial, criminalizando y aumentando la pena de aquellos delitos de los que una parte muy concreta de la ciudadanía transmite que es intolerable. En este sentido, debe ocuparse de evaluar correctamente dichas intuiciones y normas

sociales para tratar de integrarlas en la medida de lo posible a las normas penales.

Evaluación de los efectos de la sanción penal

Además de todo lo anterior, el legislador tiene una importante tarea que va más allá de las clásicas discusiones sobre la filosofía del castigo. Hasta ahora da la sensación de que se ha banalizado la cuestión del proceder del legislador con respecto a la estrategia disuasoria. Pareciera que, aunque se sabe o intuye que no termina por funcionar de la forma en la que ha venido aplicando la estrategia disuasoria, que el legislador aumente las sanciones penales no tiene más importancia más allá de que no produzca el efecto preventivo. Es como si lo «peor» que puede pasar al criminalizar una conducta o aumentar las penas bajo la premisa disuasoria es que no tenga efectos disuasorios. Pero puede haber más consecuencias derivadas de la norma penal y que pueden tener efectos contraproducentes en términos de prevención y nocivos en términos de credibilidad y legitimidad de la norma y del sistema de justicia penal, ambos efectos igualmente preocupantes. En este sentido, que el legislador atienda a las evidencias o que evalúe seriamente su intervención ya no solo debe ser una cuestión técnica de si la estrategia adoptada va a funcionar o no, sino necesaria para evitar efectos que empeoren la situación de partida.

A modo de corolario y vuelta, de nuevo, a la dogmática

Para finalizar, no se nos escapa que esperar que el legislador se tome en serio todo lo anterior es caer en un saco de meras ilusiones, y que lo anterior es una lista de deseos que difícilmente se va a poder ver cumplida. Sin embargo, sí creemos que la adopción de un enfoque más empírico en este tipo de cuestiones puede proporcionar una herramienta crítica más a una dogmática y doctrina penal que, en lugar de proporcionar al legislador un marco conceptual que le ayude a justificar criminalizaciones que permiten eludir la necesidad de evaluar empíricamente sus efectos, puede contribuir a

desmitificar las intervenciones legislativas que se hagan bajo el presupuesto preventivo. Uno de los objetivos de ello sería el de obligar al legislador a que explique las auténticas razones por las que criminaliza algunas conductas o aumenta las penas de otras tantas. En ese plano, al desmontar las justificaciones preventivas normalmente aducidas, el legislador deberá reconocer que posiblemente lo que esté detrás de su intervención legislativa sean cuestiones morales o de satisfacción de determinadas demandas procedentes de asociaciones de víctimas, u otros motivos. Pero, al menos, si ello se consigue, será posible entrar y debatir sobre esas razones, y hacer frente a distintos debates que deben abordarse y no esconderlos bajo justificaciones aparentemente no partidistas.

4. GENERAL CONCLUSIONS AND FUTURE RESEARCH DIRECTION

Despite the limitations outlined above, in our view, valuable conclusions can be drawn from both the research in general and from each of the empirical studies carried out. However, in order to avoid further duplicity, the following sub-sections will address the additional conclusions drawn from the research in general. Moreover, as we have indicated, the research topic of this doctoral thesis and the general objectives set out facilitate that the conclusions that can be drawn can also be divided according to the contribution that, we understand, is made to the areas in which the object of research dealt with could be of most interest. Below we will set out the conclusions that would be of interest to criminology on the one hand, criminal law on the other, and to crime policy as well.

4.1. CONCLUSIONS FOR CRIMINOLOGY

Abandonment of research on deterrence in the Spanish criminological field

If criminology has been interested in the theory of general deterrence, it is because it has always had an aspiration to explain why rules are broken, and insofar as it can explain non-compliance, prevention strategies can also be developed from criminology itself, in this case, indicating to what extent the penalty deters and how it has to be to achieve this effect. Although, as we have seen in Chapter IV, after falling out of grace from 1900 onwards, it was revived at the end of the 1960s with the rise of the economic approach, this revival of interest in this theory has not occurred in the same way in the United States as it has in Spain. Indeed, as has been noted, much progress has been made on this theory in the Anglo-Saxon literature. Both theoretical and empirical interest has not ceased over the years, and the literature is vast. The lines of research on the subject, which are still active today, have been concerned not only with understanding what remains within deterrence or the process by which it is produced, but also with exploring the best methodologies for analyzing the phenomenon, testing, reinforcing or discarding research designs, items, etc., as well as the application of these variables to specific crimes.

However, it does not seem that this interest has been reflected in Spanish criminology. As we noted earlier, deterrence theory appears in criminology textbooks as one of the theories available (the Classical School), but almost more as a reminiscence to be passed through. One gets the feeling that, in line with what happened when this theory was abandoned, it is understood that a cost-benefit analysis of the subject is too simple and unfruitful an explanation because it does not really account for, among other things, the offender's motivations, nor for social or structural variables, in which much of criminology would have been interested. Moreover, it is not spared to

emphasize that this theory «does not work», that the mostly American studies on the death penalty or long-term sentences show that they do not deter. And, without further ado, it is then easy to move on to the theories of criminality. Indeed, Spanish criminology has tended to focus on theories of crime that can explain the personal and social causes of why a person commits a crime, the big theories. This has tended to leave aside the theory of deterrence, which, unlike the previous ones, is a theory of medium scope, being practically reserved for the field of environmental approaches.

Something similar, as mentioned earlier, has happened in the debate on the theory of punishment. Perhaps because there is a shared vision, both from the perspective both of Criminal Law and Criminology, that punishment should be used for something more noble, such as reintegration or re-education, or the avoidance of crime by other less negative or intrusive means, perhaps because Spanish criminology from its beginnings was led by distinguished academics in criminal law, it is a theory that has received little attention in the criminological sphere. In this sense, in our opinion, it is necessary for Spanish criminology to take a greater interest in this mechanism for several reasons: a) the first is that it has not lost its scientific interest. Knowing how people interact regarding the criminal sanction is important and is knowledge that can be used in prevention strategies, at least that which is possible by means of norms. After all, criminal law is not going to disappear and criminology has an important role to play in helping to determine what type of criminal rules and punishments are most appropriate; b) the second is that, as has been indicated elsewhere in this work, many reforms of the Criminal Code and the use made of criminal law by the legislator are undoubtedly based on these premises, so it is more interesting than ever to investigate the effects of the criminal sanction in order to provide the empirical knowledge that is necessary to indicate what criminal sanctions should be like.

Deterrence as a communicative process

One of the striking features of the neglect of empirical analysis of deterrence in Spain is that there is a tendency, as noted above, to be quick to point out that studies show that US criminal laws have had such a modest impact on crime reduction that they are not justified in terms of their preventive purpose. The latter, as we have seen in Chapter V where we have analyzed the main effects of the sanction, is true, but so are many other points. Among them is, for example, that the theory of deterrence is a subjective theory of the effects of the criminal sanction. This implies two things: the first is that deterrence is a mechanism for transmitting the information consisting of the threat and the risks of committing the offence; the second is that the effects produced by this communication depend to a large extent on how the risks of committing the offence are perceived. In this sense, what the studies possibly indicate is that general deterrence as it has been carried out does not have much power to influence. Indeed, if, like any communicative message, the legal threat has to be received by the receiver in order to have a certain effect, it can hardly do so if the general deterrence strategy does not try to focus on the mechanisms by which such information can be effectively transmitted so that it has the capacity to modify behavior.

Following this line of reasoning, possibly one of the lines of research that criminology should follow is the analysis of the best way of communicating messages, insofar as it should not be taken for granted that the mere amendment of criminal codes is going to produce per se some effect on crime. In other words, perhaps the question is not so much to make the rules and design the punishments as has been the case up to now, but to do so based on the evidence of what works and, in any case, to design them in such a way that they are specifically aimed at directing behavior towards compliance. In other words, it is no longer so much a question of whether the legislator, with more or less justification, decides to modify a law by means of which

a penalty such as revisable permanent imprisonment is introduced and experts indicate that this does not deter because we can deduce it from Anglo-Saxon literature, but rather, now that we know much more about the mechanism of deterrence and have much more empirical information, we should ask ourselves whether we should not approach the rules from what we know about deterrence and other mechanisms related to legal enunciation to try to improve their preventive potential.

It is possible that most authors of criminal law and criminology agree that criminal law and, with it, punishment, should only be used when it is considered strictly necessary; that prevention is better than having to punish; that punishment is a necessary evil, but an evil nonetheless; that every possible effort must be made to tackle what may be the causes of crime through, for example, improvements in education and social protection policies, among many others, so as not to have to use such a "brutal" instrument as punishment. Even the authors of the Enlightenment agreed on this. BECCARIA already wrote in his *On crime and punishment* that, although the just punishment is the useful punishment, that it is better to prevent crime than to punish it, punishment is not a panacea and that crime could be better prevented through other interventions such as education¹⁵²⁸. But neither did it seem incompatible to the Marquis at the time to affirm that punishment must serve to prevent, with affirming that the best prevention should be carried out by other extra-criminal means, nor does it seem so to us either.

As long as punishment must continue to exist and we assume that it must serve to prevent, criminology should not abandon empirical research on deterrence completely in favor of the study of the social causes of crime or other more attractive subjects, because, in our opinion, it can aspire to indicate what

¹⁵²⁸ Thus, in section 45, the Italian author expressed that "Finally, the surest but most difficult means of avoiding crimes is to perfect education" (BECCARIA, C., *Tratado de...*, ob. cit, p. 85).

criminal rules must be like in order to achieve their maximum preventive potential, or what kind of public policies or strategies can be adopted on the basis of what we know about how the deterrent mechanism works. It goes without saying, too, that this knowledge of deterrence research can be used not only for criminal law, but also for criminal policy, for public policy aimed at preventing crime.

Certainty of sanction: the certainty principle

One of the findings that has been shown to be consistent in the literature is the preventive potential of the certainty of the sanction, understood as the certainty of apprehension. Indeed, studies indicate that of the two variables normally assessed in the literature, it is the risk of being apprehended by the authorities that has a deterrent effect. In this sense, there is reason to believe that the increase in certainty has a capacity to modify the subject's behavior. Thus, NAGIN again reaches almost the same conclusion about the certainty of the sanction in his 2018 literature review as he did in his 2013 review:

I conclude, like many previous reviews of deterrence research, that the evidence supporting the deterrent effect of various measures of punishment certainty is much more compelling and consistent than that of punishment severity¹⁵²⁹

This already indicates that the legislator cannot operate outside this evidence if the deterrence strategy is to be effective. In this sense, modifying a given offence to increase penalties and expecting that this change will affect the perceptions of the potential offender who is about to commit an offence, is like trying to cure a serious illness with ibuprofen. In this sense, public policy on prevention must necessarily take into account the importance of certainty for the deterrent effect and develop strategies along these lines.

¹⁵²⁹ NAGIN, D.S., «Deterrent Effects of the Certainty...», *ob. cit.*, p. 157.

The severity of sanctions

From the point of view of the general effects of criminal punishment, two types of measures are of interest. On the one hand, it is of interest to see whether extreme increases in the severity of criminal laws result in a reduction of crime; on the other hand, whether any level of severity can have deterrent effects¹⁵³⁰.

As for marginal effects, the evidence shows that increases in the severity of penalties do not in themselves produce a reduction in crime. That is, punishment that is more severe than it was previously has not been found to prevent more crime than it did when it was more lenient. Therefore, increasing the severity of already severe crimes is instrumentally irrational, because if it does not prevent crimes from occurring at high severity, there is nothing to suggest that even greater severity will produce a greater deterrent effect.

However, previous studies on marginal effects usually analyze, as we have seen, the possible crime-reducing effect of criminal laws such as three strikes or the death penalty. What is really striking is precisely the scarcity of research on whether other types of increases in the severity of the sanction (e.g., imprisonment for three to four years) have any preventive power. In this regard, TONRY points out that, from the literature on the marginal effects of establishing such severe laws as life imprisonment or similar, it cannot be directly derived that more modest increases in severity will not produce any preventive effect or that the evidence will be similar to the previous cases, «modest at best».

¹⁵³⁰ TONRY, M., «An Honest Politician's Guide to Deterrence: Certainty, Severity, Celerity, and Parsimony», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., LERO JONSON, C. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.

However, although this gap exists, TONRY notes that, in his opinion, he does not believe that the results would be very different from those obtained in studies on the effects of laws such as three strikes. He reaches this conclusion because he understands that calibration studies have shown on several occasions that citizens do not adequately calibrate the objective severity and certainty of punishment, and if they do not calibrate objective severity well, TONRY says, it can hardly be presumed that modest changes in severity would produce a deterrent effect.

We believe that TONRY's conclusion, although he may be right, is somewhat hasty and could be criticized for the same reason that he points out about the need not to extrapolate the results of studies on really severe criminal laws to the study of the effect of severity on modest changes in severity. As the literature has shown, one question is deterrence as an information transmission mechanism that needs to affect the individual perceptions of potential offenders; and another is whether, assuming that such an effect can be guaranteed, the deterrence variables have the capacity to modify behavior. In this sense, Study 5 has shown through a quasi-experimental design that severity can indeed play a role in the decision on whether or not to infringe a rule. Specifically, this is the case when the certainty of the sanction reaches certain levels. This indicates that although at the extremes of certainty (zero certainty - total certainty) severity practically loses its deterrent importance, at intermediate levels of certainty, when certainty is low or medium, severity does play a role in the decision to infringe. In this sense, such studies show that, although much more research is still needed, increasing severity can have an effect, but for it to have an effect it has to be combined with certain degrees of certainty. Thus, criminology could play an important role here in determining what the degrees of certainty are and how they combine with the different degrees of severity, with the ultimate aim of indicating the optimal deterrence strategy.

Other factors influencing compliance with the rules

Although, as has been highlighted in the reconstruction of the theory of deterrence, criminology soon began to take into account and consider that there are other elements that could also be understood as "costs of crime" and that go beyond the formal sanction, with the contribution of social psychology and moral psychology to the debate, this has become even more evident. In this sense, in many cases the reason why we conform to social discipline is because the normative context demands it. The socially established pattern of behavior matters for community life, and it also matters what people think is right or wrong. In this sense, criminology also has a good opportunity to exploit this avenue in order to analyze the extent to which the power of social norms and perceived legitimacy can favor compliance with them, and all this, beyond the criminological theories that have traditionally shown that, indeed, the social influence exerted by peers on the individual can be a risk factor for the commission of crime. Here we are trying to go beyond that to highlight that criminology has a field to explore, which is to analyze and determine under what conditions and circumstances, as well as what elements determine compliance with norms.

The potential of behavioral economics

One of the latest lines of research in the criminological literature concerns the way in which offenders may make criminal decisions and, specifically, the extent to which certain biases and heuristics may be involved. In this sense, as we have seen in the literature review, the literature is still in its infancy and, for the moment, some experiments have not shown the effects that were expected or predicted. Nevertheless, this line of research is important because it may help to explain some results that have been shown to be consistent in the criminological literature, but also because if it is possible to predict biases and heuristics with respect to perceived risks of committing a crime, much more effective deterrence strategies can be designed.

The need to assess counterproductive effects

Beyond all of the above, it is also, in our view, incumbent upon criminology to assess the counterproductive effects of criminal sanctioning. Indeed, as explained in Chapter V, there has generally been a tendency to focus on the deterrent effects of criminal law, the use of severity and the certainty of the sanction. Less abundant, however, is the literature that has been concerned with the possible perverse effects that the same criminal sanction can have on compliance with the rules. In this thesis we have focused on one of them, which is non-compliance derived from a lack of legitimacy of the criminal rule, eroded by a series of characteristics that it acquires, among which is that it is considered unjust. However, the literature has also shown other types of counterproductive effects such as, for example, non-compliance derived from the establishment of a norm in such a way that it is seen not as a threat but as the communication of the widely established model of social behavior consistent with non-compliance¹⁵³¹. In any case, it seems hardly debatable that this is a line of research in which much more research is needed.

4.2. CONCLUSIONS FOR CRIMINAL LAW

Reasons to take the empirical into account

Not infrequently in criminal law there is a tendency to assimilate «empirical» with criminology or, at least, with something other than criminal law. In our opinion, this has allowed dogmatics and doctrine to remain for so long on the sidelines of studies that could have provided relevant information. In this sense, if we were to accept the maxim that empirical studies on punishment are not criminal law and, therefore, are not necessary for this branch of the legal system, this doctoral thesis would only have implications essentially for criminology or criminal policy and

¹⁵³¹ KENNEDY, D., *Disuasión...*, *ob. cit.*

would not be able to contribute much to criminal law in general and dogmatics in particular.

However, in our opinion, this thesis may be of interest to both a criminologist and a criminologist, if not possibly criminal law is more eager to incorporate empirically based arguments than criminology, which is much more used to looking at scientific studies or creating its own to support certain hypotheses and refute others. In this sense, we believe that there are compelling reasons to look to the social-empirical sciences in the field of punishment to incorporate such knowledge into the debate. Without wishing to be exhaustive, the following are listed below:

- *Of a superficial nature*: as highlighted in Chapter II, we believe it is necessary to update the debate on the preventive purpose of punishment and criminal law in the criminal law manual. As ORTIZ DE URBINA GIMENO reminded us, it does not seem to make much sense for the debate offered to students to ignore scientific studies on the effects of the criminal sanction when the theories of punishment are presented¹⁵³², especially when there are already good reviews of the literature. But what is more, as MEARES, KATYAL and KAHAN pointed out, this can even be detrimental to the training of all those jurists who are not going to be instructed in these individual and social effects of the criminal sanction, despite defending a position in which it is understood that the function of punishment is to generate «X» effects, thus making it difficult for them to develop criminal policy proposals in the future or, at least, a more critical attitude towards certain legislative interventions¹⁵³³. In any case, although this is an issue to which attention should be paid, it has been classified as superficial insofar as it is not the most

¹⁵³² ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo sin...», *ob. cit.*

¹⁵³³ MEARES, T. L., KATYAL, N., y KAHAN, D. M., «Updating...», *ob. cit.*

important reason why it would be necessary to pay attention to empirical evidence.

- *Epistemic*: Chapter II has also argued for the need to take account of evidence on the individual and social effects of punishment, because this puts the doctrine that does so in a better epistemic position. If we assume with a certain ease that a sanction will in fact cause this or that effect, we must know how punishment works and not rely on «everyday realism». How can dogmatics criticize certain interventions of the legislator on the basis of the effects of the criminal sanction if it does not have in its possession the knowledge of what those effects are?
- *To be consistent*: If, as has been done throughout this paper, it is assumed that criminal law fulfils a preventive function and also that punishment has a part, therefore, instrumental, and must also serve that preventive purpose, it is necessary to attend to this. In our opinion, and as we will argue in this section, the debate on taking empirically measured consequences into account has two phases: the first is to defend against those who believe that it is not necessary to take into account the evidence from scientific and social studies, that consequences are important, that criminal law should look at them, and that punishment has social and individual effects that must be taken into account in order to better design it. The second is that of effectively incorporating what is known about these effects into the different debates traditionally reserved for dogmatic debates and where it is understood that they are important. In our opinion, the first issue, that of the promise to look at the evidence, should be overcome and we should move towards the second, which is not so common even among those who defend looking at scientific studies.
- *For the exercise of the critical function and the contribution to criminal policy by dogmatics and doctrine*: one of the

consequences of being in a better epistemic position, of knowing how punishment works and what are the social and individual effects revealed by scientific studies on the subject, would undoubtedly be the best position to unmask the legislator's reasons. It is not that this work is not already being done by dogmatics and criminal doctrine from normative arguments, but of course, when a justification for the reform of the Penal Code is based on deterrence or some other preventive effect of punishment, the doctrine that is not aware of the empirical knowledge on the social and individual effects of the sanction, will be able to say little. It will be able to continue to say what it intuitively believes would happen in its judgement, but not what is most likely to happen in reality in view of the knowledge accumulated through decades of scientific studies. In this sense, we believe that dogmatics and doctrine have to be armed with empirical knowledge in order to be able to make a more complete critique of the legislator. In our opinion, having a greater knowledge of the social and individual effects of punishment can help to criticize certain interventions, and to bring down consequentialist justifications that do not hold up when contrasted with reality. In this way, we would avoid offering the legislator a conceptual framework devoid of empirical knowledge which he can freely use to make the modifications he considers appropriate and with motivations quite different from prevention. But, furthermore, such knowledge would also be interesting for the *lege ferenda* proposals that the doctrine tends to make. Dogmatics and doctrine have not renounced their creative work. Both from the perspective of the theory of crime, insofar as it is a question of orienting the categories of crime to certain functions of punishment, and from the special part of criminal law, there is a tendency to propose improvements to the different types of crime, normally based on the coherence of the system and on normative evaluations. However, in our opinion, a

consequence-oriented doctrine is also concerned with proposing optimal penalties, which, assessed in terms of effectiveness, efficiency, and efficacy, are the most advisable. For many years, too many years, this task has been ignored, perhaps because it has been believed that the normative arsenal is sufficient to be able to exercise the critical function; perhaps because it is not considered that this way of proceeding is in line with the values of dogma itself or of a correct criminal law that should not be carried away by the criminal law of efficiency; perhaps because it has been considered that this is more part of the way of proceeding of other branches such as administrative law or economics. However, in our opinion, we criminal lawyers should be open to incorporating into our regulatory arsenal another series of more empirical tools that can serve to contain criminal law.

In this sense, although it is still possible to continue to look out of the corner of our eye at the social sciences, it is not reasonable to continue to do so in those debates in which certain effects of criminal law are said and assumed. It is therefore time to give empirical content to those intuitions that have been held for so long by all those who, defending a preventive theory of punishment, have assumed that at some point it does indeed prevent, either by means of a legal threat or by launching a communicative message in which social values are highlighted. Instead of directly appealing to a naturalistic fallacy that is possibly not such, dogmatics would do well to go a step further. In our view, in fact, it is no longer a question of «evidence yes, evidence no». Assuming, as we do, the preventive function of criminal law, we must overcome the dichotomy, assume that indeed «empirical evidence, yes», and establish how, when and why. It is on this last question that dogmatics should be willing to enter and on which it has an important task ahead of it.

Implications for the punishment theory debate

As has been mentioned on several occasions, the purpose of this doctoral thesis has not been to construct a new consequentialist justification of punishment. Our objective, on the other hand, has been much more modest and has been limited to the empirical verification of the preventive effect of the enunciation of punishment as a means to achieve the prevention of conduct from criminal law. However, it is possible to draw a series of conclusions that are of interest for the debate on the theory of punishment, specifically, that related to the general social prevention that can be achieved by means of the enunciation of the penal norm. From what has been analyzed so far, both theoretically and empirically, we can draw the following conclusions:

- It is not too controversial to affirm and, therefore, to start from the consideration that the enunciation of the penal norm by means of the criminalization of new conducts or the modification of existing ones is a communicative act. But this is not a communicative act that is launched by the state for the sake of it, but rather one that is expected to generate a certain preventive effect, which contributes to the decision of the person who is considering making a decision on whether or not to infringe a certain norm.
- From this point onwards, however, dogmatic positions may differ as to whether this prevention is produced by means of negative general prevention or whether, on the other hand, it occurs by means of the reaffirmation of certain social values that are integrated into the criminal rules, thereby achieving voluntary compliance and social cooperation, that is, by means of positive general prevention. What, then, is the mechanism by which this communication generates preventive effects?

- Traditionally, it has been assumed that the enunciation or, rather, the imposition of penalties sought to launch a threat sufficiently powerful to repel the potential offender's inclination to commit crime. A rational subject who evaluates the benefits and costs of committing a crime will tend not to commit it if he perceives that the costs of committing it outweigh the benefits. This is the framework of general intimidatory prevention. This intuitive idea, elevated to the status of a theory on the function of punishment, has often guided the criminalization of conduct and the increase of penalties. However, the fact that the enunciation of penalties and the increase in severity has a, so to speak, ecological effect is practically anecdotal. For general deterrence to work, for the subject to really decide not to commit a crime on the basis of deterrence, it requires that the subject himself perceives the risks of committing the crime, perceives that there is indeed a certain certainty that he will be apprehended, and within that certainty, that the perceived severity is sufficient to outweigh the benefits of the crime. For example, it would not make sense to have total certainty that one will be detected driving above the speed limit, but the corresponding penalty is a fine of 5 euros, because then, even if the certainty is total, it is possible that exceeding the speed limit will be worthwhile and there will be those who pay the price for exceeding the speed limit. Similarly, it is of no use if the severity consists of a fine of EUR 1000 for speeding if the subject's certainty that he/she will actually be detected by the authorities is practically nil. To the extent that for general deterrence to work, many more conditions are required, which have gradually been unraveled in the empirical literature, and also that studies on compliance factors have shown that the reason for compliance most of the time lies in other factors, it could be suggested that the theory of negative or intimidatory general prevention has serious problems to function as a main explanation of compliance.

- On the other hand, in line with MIRÓ LLINARES¹⁵³⁴, who relies on the contributions made in the literature by authors such as ROBINSON¹⁵³⁵, NADLER¹⁵³⁶ or MCADAMS¹⁵³⁷, but also in line with BOTTOMS on compliance mechanisms¹⁵³⁸, it seems that most compliance with rules is due to the normative context. It is true that it is also possible that on many occasions compliance is due to habit or routine¹⁵³⁹, but even habit and routine would be given previously by social norms and the normative context that would be so internalized by the subject that he would not even ask himself or question why he is complying or on the basis of what he makes the decision to comply. As we have seen, and has also been analyzed empirically, such a normative context is given by social norms, which are «rules and standards shared by a group that serve to guide and/or restrict the social behavior of its members, which arise from social interaction, which may be more or less explicit and whose transgression is penalized with informal sanctions applied by society»¹⁵⁴⁰. These social norms, moreover, tend over time to become legal norms and then to become part of the catalogue of socially impermissible matters. In the same way, legal norms facilitate, if they are understood to be legitimate and coincide with certain intuitions of justice, as ROBINSON would add¹⁵⁴¹, that they also become social norms.

¹⁵³⁴ MIRÓ LLINARES, F., «La función...», *ob. cit.*

¹⁵³⁵ ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*

¹⁵³⁶ BILZ, K., y NADLER, J., «Law, moral attitudes...», *ob. cit.*

¹⁵³⁷ MCADAMS, R., *The expressive...*, *ob. cit.*

¹⁵³⁸ BOTTOMS, A., «Understanding Compliance...», *ob. cit.*

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué...», *ob. cit.*,

¹⁵⁴¹ ROBINSON, P. H., «Una tregua...», *ob. cit.*

- In this sense, empirical studies on compliance would reinforce those positions which, like KAHAN¹⁵⁴² or MIRÓ LLINARES¹⁵⁴³, understand that the function of punishment in its enunciation is general social prevention, but by means of communicating to citizens the model of social conduct, of what is admissible in society. With a penal norm, citizens would be informed of the conduct that is expected of them, or rather, of the conduct that they are expected not to engage in. Studies on social influence would show that, on the one hand, people are concerned and therefore motivated by the judgement of social approval or disapproval, and also that, when in doubt, we tend to observe what the typical conduct is in order to try to adapt our own to the norm.

- Likewise, studies on normative compliance also identify that what the subject values as right or wrong, just or unjust, is essential for such compliance. One author who has devoted practically the bulk of his academic contribution to trying to show this is ROBINSON who, together with DARLEY¹⁵⁴⁴, has empirically shown that, in effect, citizens have a series of shared intuitions about what should be a crime and to what extent it should be punished and how much. These intuitions about the core of wrongdoing, as these authors point out, are in fact much more nuanced than we tend to think. In this way, ROBINSON attaches particular importance to and considers it essential that there be an identification between the legal norm and the intuitions of justice because this results in normative compliance derived from the internalization of social norms and the model of legitimate conduct¹⁵⁴⁵. If there is such a correspondence, if the criminal law and the criminal justice system applies

¹⁵⁴² KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*

¹⁵⁴³ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

¹⁵⁴⁴ ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., *Justice...*, *ob. cit.*

¹⁵⁴⁵ ROBINSON, P. H., «Una tregua...», *ob. cit.*

the criminal rules based on the intuitions of justice and gains the reputation of being a criminal law that is applied in this sense, it acquires moral credibility. This moral credibility means that, when a conduct is criminalized or when a certain penalty is established, it is attributed a certain credibility and deference derived from the understanding that what will be behind this modification or this distribution of punishment is in accordance with the community's intuitions of justice, again reinforcing the model of social conduct. Thus, for example, in a criminal justice system with a criminal law that meets these qualities, the public will tend to assume, for example, that those conducts to which penalties such as life imprisonment are associated are serious conducts; that the fact that the law prohibits certain conducts is because they are considered socially condemnable; among many other issues¹⁵⁴⁶. It is in this sense that a criminal law in line with all the above that earns sufficient moral credibility will achieve compliance in the least costly way possible and the necessary cooperation on the part of its addressees.

- Our empirical studies and previous literature would go in the direction of showing that, indeed, on many occasions criminal rules function as the expression of the model of legitimate conduct, and, therefore, this perceived legitimacy is necessary and that the rule and the sanctions have a series of qualities that the legislator should not sacrifice. In this sense, Study 6 has analyzed that the rules on freedom of expression, insofar as they are not vested with legitimacy and their application is experienced as unfair, as something that should not be a crime or that there is disproportionality in their punishment, can undermine moral credibility towards the system, the link with the sanctioning agent, among

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

other counterproductive effects not only for compliance with the rule considered in isolation, but also for the system itself and the sanctioning authority.

- Does this mean, then, that deterrence can be ruled out in all cases? This in no way negates the deterrent potential of intimidation. This would be absurd, and it would be sufficient to consider the behaviors that most citizens engage in, for example, driving above the speed limit or drinking some amount of alcohol and then driving. In the first case, most people will immediately reduce their speed when they see the relevant speed camera. In the second case, most people will also consider not drinking any alcohol at all when faced with the possibility of encountering a police checkpoint, which is usually situated in a location where they must necessarily pass through. What he denies is that enunciation by itself has the intimidating effect on the general population when studies have consistently shown that for deterrence to work, a whole series of prerequisites must be in place that are not present in reality. However, when these preconditions are met, the deterrent mechanism can become part of the decision not to break the rule, as long as the subject is considering breaking the rule. It is therefore more feasible, in view of what we know, to understand that the mechanism that produces most of the prevention through the enunciation of the criminal norm is mainly the communication of the positivized social norm, which has been granted formal, material and substantive legitimacy. At least, it seems more feasible to assume the latter than to presuppose that the main function of enunciation is only and primarily general deterrence when studies have managed to put this assumption into serious difficulties.

- Consequently, while the majority mechanism by which norms would be complied with is the aforementioned social influence and substantive legitimacy, deterrence

can also serve as a mechanism against those who would consider breaking the norm regardless of what the established model of social conduct dictates. In this sense, the mechanism of deterrence would operate as a further reason or rather a second level of reasoning addressed to the subject who is considering infringing the norm, according to which the criminal law is communicating to him that in the event of non-compliance he will be subject to a penalty that will make the benefits of the crime less than the costs. Moreover, if we assume that the first level of reasoning in the dialogue between the State and the subject is the communication of the model of social conduct, it is also true that in this second level of reasoning, in which deterrence would operate, the communicative message would be composed of the threat posed by the formal sanction, but also the informal one. But for this to be the case, as has been pointed out in different sections, the deterrence strategy has to be specifically designed to achieve such utility and, therefore, respond to the requirements revealed by the empirical literature.

In this sense, we understand that positions such as those of KAHAN¹⁵⁴⁷ or MIRÓ LLINARES¹⁵⁴⁸ with respect to the function of punishment are much closer to the conclusions that can be drawn from scientific-social studies on punishment and, of course, they are an example of how empirical information can overlap with a debate that had traditionally been relegated to the realm of the normative. In addition, authors such as ROBINSON¹⁵⁴⁹ or RODRÍGUEZ HORCAJO,¹⁵⁵⁰ who have tried to formulate their respective positions using empirical knowledge and proposing «solutions» to a debate that had been festering

¹⁵⁴⁷ KAHAN, D., «Social Influence...», *ob. cit.*

¹⁵⁴⁸ MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena...», *ob. cit.*

¹⁵⁴⁹ ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice...*, *ob. cit.*

¹⁵⁵⁰ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento...*, *ob. cit.*

for decades, can be added. In any case, as in any great debate, any solution is always partial and each of these positions also raises problems that they will have to face. All these proposals, as we indicated in Chapter I, are faced with the criticism of the naturalistic fallacy which, in reality, would not be such a fallacy. And, in any case, one might ask what the difference is between those traditional theories that have earned a place among the most cited theories of punishment and among which a series of effects are presupposed, and these recent theories that do the same, but instead of presupposing, are based on social-scientific studies. Likewise, each of them, as well as each author of dogmatics who has tried to propose a theory of punishment, will have to face gaps or inconsistencies in their own positions, although this will not be the place to highlight them, nor to discuss them. The purpose of this section, which we hope to have accomplished, is to highlight some findings on normative compliance that could be useful and be incorporated into the debate on the theory of punishment.

4.3. CONCLUSIONS FOR CRIME POLICY

In Chapter VI it was mentioned that this doctoral thesis not only responded to a research object of interest only to the academic forum, but also had a clear criminal policy vocation. To the extent that the deterrence strategy is one of the strategies used by the legislator to try to contain crime within limits considered socially tolerable, or is the strategy used when a situation of social alarm so requires, this doctoral thesis can serve to empirically inform these decisions.

From a more general perspective that comes from having carried out a review of the literature on deterrence and, beyond the fact that the first recommendation would be that in Spain, studies limited to our own laws should be encouraged so as not to have to resort to studies from the Anglo-Saxon literature, the legislator could at least take note of the following conclusions:

Harsher laws such as life sentences do not necessarily result in a reduction of crime

It is to some extent understandable that the legislator, concerned about a certain type of violence or particularly serious crimes, and often under pressure from the victims themselves or victims' associations (which, moreover, tend to have the support and empathy of the majority of society), is tempted to increase the severity of sentences in order to respond to this type of crime. This would be the case, for example, of permanent revisable prison in Spain, or life sentences or death sentences in the United States. Without prejudice to the need for rigorous studies to analyze, as they do in the United States, the effect of permanent reviewable prison on the prevention of the type of crimes for which this penalty is intended, the available literature on this type of sentences shows that this type of particularly severe laws and penalties do not prevent crime any more than less severe laws and penalties do. Consequently, if the idea is one of prevention, such penalties are not necessary and do not serve that purpose any better than less severe penalties do.

Without the certainty of punishment, the deterrence strategy falls on deaf ears.

In line with the above, the idea that increasing the severity and certainty of penalties will result in an increase in the cost of crime for the potential offender, who will therefore decide not to break the law, may seem very intuitive. Studies that have tried to specifically analyze these two variables show that it is not so much the severity that has the capacity to deter criminal behavior, but rather the certainty of being apprehended. In this sense, the Spanish legislator should seriously consider to what extent increasing the severity of penalties serves the preventive purpose when it can be deduced from the evidence that it does very little. To touch the Penal Code (which is already particularly harsh, and sometimes even disproportionate) and do nothing more about it is a strategy which, in terms of prevention, may prove sterile and, in some

ways, unfair. The latter because if the function to which such a legislator is committed is prevention and he knows, thanks to the accumulation of empirical knowledge, that increasing penalties does not necessarily imply a preventive yield if he does not take other types of actions related to other variables such as certainty, legitimacy or models of social conduct, it is not that he is an imprudent legislator but that he is acting in a malicious manner with respect to the lack of compliance with what it is in his hands to do to prevent crime.

Consideration of intuitions of justice and social norms

It would be difficult to argue that the legislator always acts against such intuitions or social norms. On the contrary, there is a tendency to criminalize what is considered socially intolerable. It is a different matter by what means the legislator comes to apprehend such issues. However, it is possible that on various occasions it may deviate from or not adequately assess social norms or be too partial, criminalizing and increasing the punishment for those crimes that a very specific part of the population considers intolerable. In this sense, it must be concerned with correctly assessing these intuitions and social norms in order to try to integrate them as far as possible into the penal norms.

Assessing the effects of the criminal sanction

In addition to the above, the legislator has an important task that goes beyond the classical discussions on the philosophy of punishment. So far, it seems that the question of the legislator's approach to deterrence strategy has been trivialized. It would seem that, although it is known or intuited that it does not end up working in the way it has been applying the deterrence strategy, the fact that the legislator increases criminal sanctions is of no more importance than the fact that it does not produce a preventive effect. It is as if the "worst" that can happen by criminalizing a conduct or increasing penalties under the premise of deterrence is that it has no deterrent effect. But there

may be more consequences derived from the criminal norm that may have counterproductive effects in terms of prevention and harmful effects in terms of the credibility and legitimacy of the norm and the criminal justice system, both of which are equally worrying. In this sense, whether the legislator heeds the evidence or seriously evaluates his intervention should not only be a technical question of whether the strategy adopted will work or not, but also necessary to avoid effects that worsen the initial situation.

As a corollary and back to criminal law scholars again

To conclude, it is clear to us that to expect the legislator to take all of the above seriously is to fall into a bag of wishful thinking, and that the above is a wish list that is unlikely to be fulfilled. However, we do believe that the adoption of a more empirical approach to this type of issue can provide a further critical tool to criminal dogma and doctrine which, instead of providing the legislator with a conceptual framework that helps to justify criminalization's that avoid the need to empirically evaluate their effects, can contribute to demystifying legislative interventions that are made under the preventive budget. One of the objectives of this would be to force the legislator to explain the real reasons for criminalizing certain conducts or increasing the penalties for others. On this level, by dismantling the preventive justifications normally adduced, the legislator will have to recognize that what is possibly behind his legislative intervention are moral issues or the satisfaction of certain demands from victims' associations, or other motives. But at least, if this is achieved, it will be possible to enter into and discuss these reasons, and to confront different debates that need to be addressed and not hidden under seemingly non-partisan justifications.





BIBLIOGRAFÍA¹⁵⁵¹

INTRODUCCIÓN

WALKER, N., *Why punish?*, Oxford University Press, New York, 1991.

CAPÍTULO I

AGUIAR, F., GAITÁN, A., y VICIANA, H., *Una introducción a la ética experimental*, Cátedra, Madrid, 2020.

ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, 1998.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.

ANDERSON, E., y PILDES, R. H., «Expressive theories of law: a general statement», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 2, 2000.

BACIGALUPO, E., «Filosofía e ideología de las teorías de la pena», en *Derecho y Humanidades*, vol. 1, núm. 16, 2010.

BAGARIC, M., y AMARASKEKARA, K., «The Errors of Retributivism», en *Melb. U. L. Rev.*, 124, 2000.

BILZ, K., «Testing the Expressive Theory of Punishment», en *Journal fo Empirical Legal Studies*, vol. 13, 2016.

BILZ, K., y DARLEY, J. M., «What's Wrong with Harmless Theories of Punishment», en *Chicago Kent Law Review*, vol. 79, 2004.

BOTKE, W., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ED.), *Política Criminal y*

¹⁵⁵¹ La bibliografía se ha dividido por capítulos para facilitar así la localización de esta en función de la temática del capítulo. Ello no significa que bibliografía citada en el capítulo I no se vuelva a citar en los siguientes capítulos y así sucesivamente.

- nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal (Volumen I)*, Editorial Trotta, Madrid
- CALFURRAPA, R., «Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena», en *Rev. Bras. De Dereito Processual Penal*, vol. 5, núm. 1, 2019.
- CARUSO FONTÁN, V., «¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 21-24, 2019.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal Parte General, 5ª Edición, corregida, aumentada y actualizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COTTINGHAM, J., «Varieties of retribution», en *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, núm. 116, 1979.
- CUTIÑO, S., *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DEMETRIO CRESPO, E., «Crítica al funcionalismo normativista», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 2010.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, BdF, Buenos Aires, 2016.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal español Parte General (5ª edición revisada)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, BdeF, Buenos Aires, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2013.
- DUFF, R. A., *Punishment, communication and community*, Oxford University Press, New York, 2001.
- DURÁN MIGLIARDI, M., «La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función», en *Revista de Derecho*, vol. 29, núm. 1, 2016.
- ENGEN, A., «Communication, Expression, and the Justification of Punishment», en *Athens Journal of Humanities & Arts*, vol. 1, 1984.

- FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», en *Philosophy of Law*, vol. 49, núm. 3, 1965.
- FEINBERG, J., *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- FEUERBACH, P. J. A. R. V., *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (traducido de la 14ª edición alemana por Eugenio RAÚL ZAFFARONI e Irma HAGEMEIER), Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FRISCH, W., «Pena, delito y sistema de delito en transformación», en *Indret*, núm. 3, 2014.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, Cuarta edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GIL GIL, A., «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L., e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (EDS.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002.
- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal Parte General. Segunda edición*, Dykinson, Madrid, 2015.
- GLASGOW, J., «The expressivist theory of punishment defended», en *Law and Philosophy*, vol. 34, núm. 6, 2015.
- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ-LLINARES, F., “Do it or do not, there is no “try”: An exploratory quasi-experimental study of intuitions of justice applied to attempt and completion of the crime of homicide», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 17, 2019.
- GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.
- GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- HAMPTON, J., «The Moral Education. Theory of Punishment», en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13, núm. 3, 1984.
- HANNA, N., «¿Say what? A critique of expressive retributivism», en *Law and Philos*, vol. 27, 2008.
- HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena* (Traducción de Manuel CANCIO MELIÀ y Francisco MUÑOZ CONDE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- HERRERA MORENO, M., «Nuevo naturalismo punitivo: aspectos de controversia en torno a los discursos penales de base evolucionaria», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 20-09, 2018.
- HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*, Distribuciones Fontamara, México, 2009.
- HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*, Traducción de Nuria PASTOR MUÑOZ, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015.
- JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», en REYES ALVARADO, A. (ED.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2005.
- JAKOBS, G., «Sobre la teoría de la pena», en *Cuadernos de conferencias y artículos*, núm. 16 (traducción de Manuel CANCIO MELIÀ), Universidad de Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, G., *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo* (Edición de Miguel POLAINO-ORTS), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.
- JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. CANCIO MELIÀ y B. FEIJÓO SÁNCHEZ), Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- JOHNSON, R., y CURETON, A., «Kant's Moral Philosophy», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, publicado el 23 de febrero de 2004 y revisado el 21 de enero de 2022. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/>
- KAHAN, D., «What's Really Wrong with Shaming Sanctions», en *Tex. Law. Review*, 2005.

- KAHAN, D., «Social Influence, Social Meaning, and Deterrence», en *Virginia Law Review*, vol. 83, núm. 2, 1997.
- KAHAN, D., «What do alternative sanction means?», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 2, 1996.
- KANT, E., *Fundamentos para una metafísica de las costumbres* (Versión castellana y estudio preliminar de Roberto R. Armayo), Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- KENNEDY, D., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- LESCH, H. H., *La función de la pena* (traducido por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), Dykinson, Madrid, 1999.
- LEVY, K., «Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System», en *Rutgers Law Review*, vol. 66. 2014.
- MAÑALICH, J. P., «La pena como retribución. Primera parte: La retribución como teoría de la pena"», en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, núm. 83, 2007.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2014.
- MASSARO, T. M., «The Meanings of Shame», en *Psychol. Pub. Pol'y & L.*, vol. 3, 1997.
- MCADAMS, R., *The expressive powers of law: Theories and limits*, Harvard University Press, 2015.
- MEINI, I., «La pena: función y presupuestos», en *Derecho PUCP*, núm. 71, 2013.
- MIGLIARDI, M. D., «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos», en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011.
- MIR PUIG, S., «Límites del normativismo en Derecho penal», en VV. AA., *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzlo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* (10ª edición), Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.
- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, Casa Editorial, Barcelona, 1982.
- MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la función de la pena desde las evidencias sobre el cumplimiento normativo», en

- SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M., CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (COORDS.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Uruguay, 2017.
- MIRÓ LLINARES, F., «Hechos en tierra de normas: una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTER ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. (COORDS.), *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en Homenaje al prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018.
- MIRÓ LLINARES, F., «La función de la pena ante el “paso empírico” del Derecho penal», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017.
- MIRÓ LLINARES, F., «La salud del debate sobre la pena: primeros síntomas tras una revisión sistemática de la literatura 2000-2020», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (DIRS.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante “lo empírico”. Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- MIRÓ LLINARES, F., *Proyecto Docente*, no publicado, manuscrito cedido por el autor.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Justicia penal y pensamiento científico», en *RJUAM*, núm. 23, 2011.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Prólogo*, en RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MOORE, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MORRIS, N., «Impediments to Penal Reform», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 33, núm. 4, 1966.
- NARAYAN, U., «Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 2, 1993.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1991.

- NOZICK, R., *Philosophical explanations*, Harvard University Press, 1981.
- NUSSBAUM, M., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- ORSINI MARTINELLI, J. P., «Una lectura utilitarista del Derecho penal mínimo», Traducción de José Ángel BRANDARIZ GARCÍA, en *AFDUC*, 17, 2013.
- PAREDES CASTAÑÓN J. M., «Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Marcial Pons, Madrid, 2015, 350 págs.», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 21, 2019.
- PASCUAL MATELLÁN, L., «Hacia un prevenciónismo sin límites. La apuesta por la disuasión concentrada», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.
- PEÑARANDA RAMOS, E., y BASSO, G. J., «Capítulo VII. La pena: Nociones generales», en VV.AA. *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.
- PÉREZ BARBERÁ, G., «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», en *Indret*, 4, 2014.
- PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva e la fundamentación de la imputación y de la pena*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.
- PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ED.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosh Editor, Barcelona, 1997.
- POSNER, E. A., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- RIGHI, E., *Derecho Penal. Parte General*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.
- ROBINSON, P. H., «¿Una tregua en la guerra de los principios distributivos? Merecimiento empírico, credibilidad moral y la interiorización de las normas sociales» (Traducción

- de Ana B. GÓMEZ BELVÍS), en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (Dir.), y GÓMEZ BELLVÍS, A. B. (Coord.), *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- ROBINSON, P. H., GARVEY, S. P., y KESSLER FERZAN, K. (Eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, 2011.
- ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, 2013.
- ROBINSON, P. H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (Traducción de ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO y Manuel CANCIO MELIÀ, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., «The Utility of Desert», en *Northwestern University Law Review*, vol. 91, 1997.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Pena (Teoría de la)», en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 16, 2019.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias: ¿Todo en uno?», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (Dir.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (Coord.), *El Derecho penal ante “lo empírico”. Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- ROXIN, C., «Cambios en los fines de la teoría de la pena» en la *Teoría del delito en la discusión actual* (traducción de Manuel ABANTO VÁZQUEZ), Editorial Grijley, 2007.
- ROXIN, C., *Strafrecht, ATi, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 21 ed., 1994.
- SAUER, W., *Derecho penal (Parte General)* (traducido de la 3ª edición alemana por Juan DEL ROSAL y José CEREZO MIR), Bosch, Barcelona, 1956.
- SCHÜNEMANN, B., «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant», en *Indret*, núm. 2, 2008.

- SEARLE, J., *Actos de habla: ensayo filosófico de filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 1990.
- SILVA Sánchez, J. M., «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günter JAKOBS, *La pena esatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. CANCIO MELIÁ y B. FEIJÓO SÁNCHEZ), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.», en *Indret*, núm. 4, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La influencia de la obra de Günter JAKOBS en el espacio jurídico-penal hispanohablante», en *Indret*, núm. 1, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Segunda edición ampliada y actualizada*, BdeF, Buenos Aires, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- TEIXEIRA, A., «Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo», en *En Letra: Derecho Penal*, núm. 7, 2018.
- TORRES ORTEGA, I. C., «La alternativa subjetivismo vs objetivismo en el derecho penal. Análisis desde la base normativa propuesta por Carlos S. Nino», en VIDAURRI ARÉCHIGA, M./CUAREZMA TERÁN, S. J. (DIRS.), *El Derecho Penal en tiempos de cólera*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.
- VILAJOSANA, J. M., *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VON HIRSCH, A., «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», en ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., y NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de l Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- VON HIRSH, A., *Censurar y castigar* (Traducción de Elena Larrauri), Trotta, Madrid, 1998.
- VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal* (Traducido por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), 4ª edición, Reus, Madrid, 1999.
- VORMBAUM, T., *Historia moderna del Derecho penal alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- WALKER, N., *Aggravation, Mitigation, and Mercy in English Criminal Law*, Blackwell, Londres, 1999.
- WRINGE, B., «Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression», en *Philos Stud*, 2017.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (DIR.), MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (COORD.), PÉREZ ALONSO, E. J., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., y RAMOS TAPIA, M. I., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General (4ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Otra vez la vuelta a von Listz?, LISTZ, F. V., *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo (1882)*, Comares, Granada, 1995.
- ZÚÑIGA, L., «Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los Derechos Humanos», en *Derecho*, núm. 81, 2018.

CAPÍTULO II

- ALCÁCER GUIRAO, R., «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», en *ADPC*, vol. 52, 1999.
- ALTMAN, M. C., *A Theory of Legal Punishment. Deterrence, Retribution, and the Aims of the State*, Routledge, London and New York, 2021.
- ALVIRA MARTÍN, F., «El efecto disuador de la pena», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VII. Cursos e Congresos nº 32. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1984.
- ANDENAES, J., «General Prevention Revisited: Research and Policy Implications», vol. 66, núm. 3, en *J. Crim. L. & Criminology*, 1975.
- APT, B. L., «Do we know how to punish?», en *New Criminal Law Review*, vol. 19, núm. 3, 2016.
- ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, 1997.

- BECERRA MUÑOZ, J., «La toma de decisiones legislativas penales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.99, 2013.
- BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal: bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- BECKER, S., BRYMAN, A., y FERGUSON, H. (EDS.), *Understanding Research for Social Policy and Social Work. Themes, methods and approaches*, The Policy Press, Bristol, 2012.
- BENESSIA ET. AL., *The rightful place on sicence: science on the verge*, Consortium for Sicence, Policy & Outcomes, Tempe, AZ and Washington, DC, 2016.
- BENITO, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.
- BLALOCK, H. M., *Introducción a la investigación social*, Amorrortu Editores, 2011.
- BODEN, R., y EPSTEIN, D., «Managing the research imagination? Globalisation and research in higher education», en *Globalization, Societies and Education*, vol. 4, 2006.
- BORJA JIMÉNEZ, E., “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, en *ADPCP*, vol. LVI, 2003.
- CANCIO MELIÁ, M., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Introducción», en Robinson, P. H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., «¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-18, 2015.
- CARTWRIGHT, N., «Are RTCs the gold standard?», en *BioSocieties*, vol. 2, núm. 1, 2007.
- CASILLAS, C., MACÍA, M., y RICO, J., *Guía de Evaluación de Diseño de Políticas Públicas*, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2020.
- CASTAÑO TIERNO, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal

- alternativa al populismo punitivo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- CASTRO-TOLEDO, F. J., «Si todo vale, nada vale. Breves apuntes para la delimitación entre la buena y la mala ciencia criminológica», en *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la Era PosCovid*, número de Otoño, 2021.
- CID MOLINÉ, J., y MORESO, J. J., «Derecho Penal y Filosofía analítica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991.
- CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DEMETRIO CRESPO, E. (DIR.) y MAROTO CALATAYUD, M. (COORD.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013.
- DIAMOND, S., y MUELLER, D., «Empirical Legal Scholarship in Law Reviews», en *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 6, 2010.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 85, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Presupuestos de un modelo racional de la legislación penal», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Un modelo dinámico de legislación penal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROBEMO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J. F. (EDS.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor don José Cerexo Mir*, Tecnos, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y Derecho Penal -Estudios-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014.

- DONINI, M., «La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico» en ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., y NIETO MARTÍN, A. (COORDS.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- DONINI, M., *El Derecho penal frente los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Perú, 2010.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las teorías clásicas de la pena», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 12, 2002.
- FUENTES OSORIO, J. L., y FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Motivos de absolución en los delitos contra el medio ambiente: Una comparación entre los delitos contra la fauna y contra los recursos naturales», en *Revista Electrónica de Criminología*, vol. 4, 2021.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Derecho penal y análisis económico del Derecho. ¿Vale la pena lo que cuesta?», en USCANGA BARRADAS, A., y REYES DÍAZ, C. H. (COORDS.), *Estudios contemporáneos de teoría y dogmática jurídica en Iberoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La aportación de la Criminología», en *Eguzkilore*, núm. 3, 1989.
- GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Editorial Gedisa, 2005.
- GARRETT, B. L., «Evidence-Informed Criminal Justice», en *George Washington Law Review*, vol. 86, núm. 6, 2018.
- GARRIDO, V., STANGELAND, P., y RENDONDO, S., *Principios de Criminología*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GIESEN, I., «The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning», en *Utrecht Law Review*, vol. 11, 2015.
- GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y FALCES DELGADO, C., «Los efectos del contexto en la expresión de las actitudes punitivas: El caso del apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable», en *REC: Revista Electrónica de Criminología*, núm. 1, 2019.
- GÓMEZ BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «¿Por qué descargamos contenidos sin autorización en Internet? Un estudio exploratorio de los factores asociados al

- incumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual en el ciberespacio», en FUENTES SORIANO, O. (DIR.), *Era Digital, Sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ LLINARES, F., «Do or do not, there is no “try”»: An exploratory quasi-experimental study of intuitions of justice applied applied to attempt and completion of the crime of homicide», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 17, 2019.
- GRECO, L., *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- HAMMERSLEY, M., «Is the evidence-based practice movement doing more good than harm? Reflections on Iain Chalmers’ case for research-based policy making and practice», en *The Policy Press*, vol. 1, núm. 1, 2005.
- HAREL, A., «Behavioral analysis of criminal law», en ZAMIR, E., Y TEICHMAN, D. (EDS.), *The Oxford Handbook of Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., y BAPTISTA LUCIO, P., *Metodología de la investigación*, 6ª edición, McGraw Hill Education, 2014.
- HO, D., y KCRAMER, L., «Introduction: the empirical revolution in law», en *Stanford Law Review*, 65, 2013.
- JACOBS, B. A., «Deterrence and Deterrability», en *Criminology*, vol. 48, 2010.
- JACOBSEN, K., y LANDAU, L. B., «The Dual Imperative in Refugee Research: Some Methodological and Ethical Considerations in Social Science on Forced Migration», en *Disasters*, vol. 27, núm. 3, 2003.
- KAHAN, D., «The Secret Ambition of Deterrence», en *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999.
- KAISER, G., *Introducción a la Criminología* (Traducción de José Belloch Zimmermann), Espasa- Calpe, Madrid, 1983.
- KLECK, G., SEVER, B., LI, S., y GERTZ, M., «The missing link in general deterrence research», en *Criminology*, vol. 43, 2005.

- KLEIN, R., «From evidence-based medicine to evidence-based policy?», en *Journal of Health Services Research and Policy*, vol. 5, núm. 2, 2000.
- KNOBE, J., y NICHOLS, S. (EDS.), *Experimental Philosophy*, vol. 1, OUP, Oxford, 2008.
- LACEWIG, M., «Practical Wisdom», en *Philosophy for A2: Key Themes in Philosophy*, 2009.
- LARRAURI, E., *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal*, Trotta, Madrid, 2015.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (COORD.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.
- LAWLESS, R. M., ROBBENNOLT, J. K., y ULEN, TH. S., *Empirical Methods in Law*, Aspen Publishers, 2010.
- LEEuw, F. L., «Empirical Legal Research: The Gap between Facts and Values and Legal Academic Training», en *Utrecht Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2015.
- MARTÍNEZ GARAY, L., «Evidence-based sentencing y evidencia científica. A la vez, algunas consideraciones sobre las “políticas basadas en la evidencia” y el Derecho penal», en *Teoría y Derecho*, núm. 28, 2020.
- MARTÍNEZ GARAY, L., y MONTES SUAY, F., «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho penal: algunas cautelas necesarias», en *Indret*, núm. 2, 2018.
- MEARES, T. L., KATYAL, N., y KAHAN, D. M., «Updating the Study of Punishment», en *Stanford Law Review*, vol. 56, 2004.
- MELENDO PARDOS, M., y LACRÚZ LÓPEZ, J. M., «Evidencia empírica y política criminal», en MELENDO PARDOS, M., CALLEJO GALLEGO, M. J., y LACRÚZ LÓPEZ, J. M., *Apuntes de Política Criminal*, Dykinson, Madrid, 2019.
- MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la evaluación legislativa penal y a sus exigencias metodológicas», en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S. B., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., GUINARTE CABADA, G. (COORDS.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MIRÓ LLINARES, F., «Aproximación a la evaluación legislativa penal y a sus exigencias metodológicas», en ABEL SOUTO,

- M., BRAGE CENDÁN, S. B., GUINARTE CABADA, G., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F (COORDS.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MIRÓ LLINARES, F., «Cientismo, dogmatismo y Derecho penal», en de VICENTE REMESAL, J., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., PAREDES CASTAÑÓN, J. M., OLAIZOLA NOGALES, I., TRAPERO BARREALES, M. A., ROSO CAÑADILLAS, R., y LOMBANA VILLALBA, J. A. (DIRS.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70ª aniversario*, Reus, 2020.
- MIRÓ LLINARES, F., «Recensión a Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018 (267 págs.)», en *Indret*, núm. 1, 2019.
- MIRÓ LLINARES, F., y BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», en *Indret*, núm. 4, 2013.
- MIRÓ LLINARES, F., y Castro TOLEDO, F. J., «Justicia procedimental, legitimidad sustantiva y medición de la política criminal: la legitimidad de (y en) RIMES», en Cerezo, A. I. (Dir.), *Política Criminal y Exclusión Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MIRÓ LLINARES, F., y GÓMEZ BELLVÍS, A. B., «Capítulo 1: Aproximación a la política criminal y las instituciones del control del delito en España», en MEDINA ARIZA, J. (Coord.), *Instituciones de control del delito*, Dykinson, Madrid, 2022.
- MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, 2018.
- MULGAN, G., «Government, knowledge and the business of policy making: the potential and limits of evidence-based policy», en *Evidence and Policy*, vol. 1, núm. 2, 2005.
- MULGAN, G., «Government, knowledge, and the business of policy making: the potential and limits of evidence-based policy», en *Evidence & Policy*, vol. 1, núm. 2, 2005.

- MUSCO, E., «La irracionalidad en el Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-r1, 2014.
- NAVARRO FRÍAS, I., «Técnica legislativa y Derecho penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010.
- NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., y BECERRA MUÑOZ, J. (DIRS.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- OAKLEY, A., *Experiments in knowing: Gender and method in the social sciences*, Cambridge: Polity Press, 2000.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (COORD.), *Derecho, sanción y justicia penal*, BdeF, Buenos Aires, 2017.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis Económico del Derecho y Política Criminal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 2004.
- OSSADÓN WIDOW, M. M., *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Tesis doctoral, Universidad de Navarra, 2002.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal», en *Revista Penal México*, núm. 7, 2015.
- PARKHURST, J., *The Politics of Evidence. From evidence-based policy to the good governance of evidence*, Routledge, London and New York, 2017.
- PETTIT, P., «El consecuencialismo», en *Compendio de Ética*, Alianza, Madrid, 1995.
- POZUELO, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RACHLINSKI, J. J., «Evidence-based law», en *Cornell Law Review*, vol. 96, núm. 4., 2011.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Análisis de la forma de aparición del delito de denuncia falsa (art. 456 CP) a través de una

- muestra jurisprudencial (2010-2019)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021.
- RANDO-CASERMEIRO, P., «Disuasión y piratería», en *Indret*, núm. 3, 2019.
- REICHARDT, C. S., *Quasi-Experimentation. A Guide to Design and analysis*, The Guilford Press, New York, 2019.
- ROBBENNOLT, J. K., «Evaluating Empirical Research Methods: Using Empirical Research in Law and Policy», en *Neb. L. Rev.*, vol. 81, 2002.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación de las leyes penales*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SALTELLI, A., y GIAMPIETRO, M., «What is wrong with evidence based policy, and how can it be improved?», en *Futures*, vol. 91, 2017.
- SAMPSON, R. J., «Gold Standard Myths: Observations on the Experimental Turn in Quantitative Criminology», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 26, 2010.
- SANDERSON, I., «Intelligent Policy Making for a Complex World: Pragmatism, Evidence and Learning», en *Political Studies*, vol. 57, 2009.
- SANDERSON, I., «Intelligent Policy Making for a Complex World: Pragmatism, Evidence and Learning», en *Political Studies*, vol. 57, 2009.
- SANDERSON, I., «Intelligent Policy Making for a Complex World: Pragmatism, Evidence and Learning», en *Political Studies*, vol. 57, 2009.
- SANI, F., y TODMAN, J., *Experimental design and statistics for psychology. A first Course*, Blackwell Publishing, 2006.
- SAREWITZ, D., «Science and environmental policy: An excess of objectivity», en FROEDEMMENT, R. (ED.), *Earth matters: The earth sciences philosophy, and the claims of community*, Prentice Hall, 2000.
- SATELLI, A., RAVETZ, J., y FUNTOWICZ, S., «Who will solve crisis in science?», en Benessia et. al., *The rightful place on sicence: science on the verge*, Consortium for Sicence, Policy & Outcomes, Tempe, AZ and Washington, DC, 2016.
- SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, Dykinson, Madrid, 2009.

- SHERMAN, L. W., GOTTFREDSON, D. C., MACKENZIE, D., ECK, J., REUTER, P., y BUSHWAY, S. D., «Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising», en *Research in Brief*, National Institute of Justice, 1998.
- SHERMAN, L., W., MACKENZIE, D. L., FARRINGTON, D. P., y Walsh, B. C. (EDS.), *Evidence-based Crime Prevention*, Routledge, Londres, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Díez Ripollés, José Luís: *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid (Trotta), 2003, 205 pp.", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», en *Indret*, núm. 4, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales (3ª Edición)*, Edisofer, 2001.
- STRASSHEIM, H., «When does evidence-based policy turn into policy-based evidence? Configurations, contexts and mechanisms», en *Evidence & Policy*, vol. 10, núm. 2, 2014.
- STRASSHEIM, H., y KETTUNEN, P., «When does evidence-based policy turn into policy-based evidence? Configurations, contexts and mechanisms», en *Evidence and Policy*, vol. 10, núm. 2, 2014.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «Política criminal con bases empíricas en España», en *Política Criminal*, núm. 3, 2007.
- TOMLINSON, K. D., «An examination of deterrence theory: Where do we stand», en *Fed. Probation*, 2016.
- TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», en *Cognitive Psychology*, vol. 5, 1973.
- UEBEL, T. E. (ED.), *Rediscovering the forgotten Vienna circle: Austrian Studies on Otto Neurath and the Vienna circle (vol. 133)*, Springer Science & Business Media, 2012.
- VALIENTE IVÁÑEZ, V., «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del Derecho penal: Una primera aproximación al problema», en MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (Dirs.), y GÓMEZ BELLVÍS, A. B. (Coord.), *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el*

- acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- VARONA GÓMEZ, D., «Derecho penal democrático y participación ciudadana», en *Indret*, núm. 2, 2018.
- VEGA FERNÁNDEZ, E. V., «El control y la prevención del delito como objeto de la criminología», en *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 75, 2017.
- VON HIRSCH, A., *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, Oxford, 2003.
- VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- WEISBURD, D., FARRINGTON, D. P., y GILL, C., «What Works in Crime Prevention and Rehabilitation», en *Criminology & Public Policy*, vol. 16, núm. 2, 2017.
- WELSH, B. C., y FARRINGTON, D. P., «Evidence-based Crime Policy», en *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, 2012.
- WILSON, D. B., «Meta-Analytic Methods for criminology», en *Annals AAPSS*, 578, 2001.

CAPÍTULO III

- AGNEW, R., «Building on the Foundation of General Strain Theory: Specifying the Types of Strain Most Likely to Lead to Crime and Delinquency», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 38, núm. 4, 2001.
- AKERS, R. L., y JENNINGS, W. G., «Social Learning Theory», en PIQUERO, A. R. (ED.), *The Handbook of Criminological Theory*, Wiley Blackwell, 2016.
- AKERS, R., *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*, Roxbury, Los Angeles, 1997.
- ÁLVAREZ CORA, E., «El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio», en *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)*, núm. 11, 2005.

- ÁLVAREZ GARCÍA, F., «Las desobediencias en Derecho penal», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto 2013.
- ANDEANES, J., «General Prevention Revisited: Research and Policy Implications», en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 66, 1975.
- ANDEANES, J., «The Moral or Educative Influence of Criminal Law», en *Journal of Social Issues*, vol. 27, núm. 2, 1971.
- ANDENAES, J., «General Prevention – Illusion or Reality?», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 176, 1952.
- ANDERSON, L. S., CHIRICOS, T. G., y WALDO, G. P., «Formal and informal sanctions: A comparison of deterrent effects», en *Social Problems*, vol. 25, 1977
- APPEL, J. B., y PETERSON, N., «What's wrong with punishment?», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 56, Winter 1965.
- BACIGALUPO, E., «Filosofía e ideología de las teorías de la pena», en *Derecho y Humanidades*, vol. 1, núm. 2010.
- BAILONE, M., «El liberalismo penal: Cómo procurarse buenos precursores», en VIDAURRI ARÉCHIGA, M., y CUAREZMA TERÁN, S. J. (DIRS.), *El Derecho penal en tiempos de cólera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BALL, J., «The Deterrence Concept in Criminology and Law», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 46, 1955.
- BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
- BEIRNE, P., «Inventing Criminology: The science of man in Cesare Beccaria's deli delitti delle pene (1974)», en *Criminology*, vol. 29, núm. 4, 1991.
- BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books Kitchener, 2000.
- BJORGO, T., *Preventing Crime. A Holistic Approach*, Palgrave Macmillan, 2016.
- BRUINSMA, G. J. N., «Classical Theory: The Emergence of Deterrence Theory in the Age of Enlightenment», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.

- BRUNI, L., y PORTA, P. L., «Cesare Beccaria's On Crime and Punishments», en *History of Economics Review*, vol. 60, 2014.
- CEJUDO, R., «Utilitarismo», en *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 23, 2019.
- COOK, P. J., «Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade», en *Crime & Justice*, vol. 2, 1980.
- CORNISH, D. B., y CLARKE, R. V., *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Springer-Verlag, New York, 1986.
- EASSEY, J. M., y BOMAN, J. H., «Deterrence Theory», en Jennings, W. G. (Ed.), *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, John Wiley & Sons, 2016.
- FEUERBACH, A. V., *Tratado de derecho penal (Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer)*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- GENTE, A., «Hacia la humanización de la justicia penal en la Francia Ilustrada: la aportación de Voltaire», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, 2004.
- GIBBS, J. P., «Crime, Punishment, and Deterrence», en *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, núm. 4, 1968.
- GIBBS, J. P., *Crime, Punishment, and Deterrence*, Elsevier, New York, 1975.
- HARCOURT, B., «Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law», en DUBBER, M. D. (ED.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HART, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- HERNÁNDEZ MARCOS, M., «Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe», en PATTARO, E., CANALE, D., GROSSI, P., HOFMANN, H., RILEY P. (EDS.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, 2009.
- HERRERO HERRERO, C., *La Justicia Penal Española en la crisis del Poder Absoluto*, Monografías Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

- HIGGINS, G. E., y MARCUM C. D., *Digital Piracy. An Integrated Theoretical Approach*, Carolina Academic Press, Durham, 2001.
- HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, University of California Press, Berkeley, 1969.
- HÖRNLE, T., «PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law», en DUBBER, M. D. (ED.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HÖRNLE, T., «PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law», en DUBBER, M. (Ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- IPPOLITO, D., «La filosofía penal de las luces entre utilitarismo y retribucionismo», en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, núm. 77, 2011.
- JENKINS, P., «Varieties of Enlightenment Criminology», en *British Journal of Criminology*, vol. 24, núm. 2, 1984.
- KATZ, J., *Seductions of Crime*, Basic Books, New York, 1988.
- KENNEDY, D. M., *Deterrence and Crime Prevention. Reconsidering the prospect of sanction*, Routledge, New York, 2009.
- KENNEDY, D., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena* (Traducción de Luciana MORÓN), Marcial Pons, Madrid, 2016.
- KUNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C., *El Derecho Penal Liberal. Los principios Cardinales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LILLY, J. R., CULLEN, F. T., y BALL R. A., *Criminological Theory. Context and consequences* (7th edition), Sage Publications, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC/Melbourne, 2019.
- MARTIN, R., MUTCHNICK, R. J., y AUSTIN, T., *Criminology Thought: Pioneers Past and Present*, MacMillan, New York, 1990.
- MATERNI, M. C., «Criminal Punishment and the Pursuit of Justice», en *Br. J. Leg. Studies*, 2013.
- MATERNI, M. C., «Criminal Punishment and the Pursuit of Justice», en *Br. J. Am. Leg. Studies*, vol. 2, núm. 1, 2013.
- MEDINA ARIZA, J. J., *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad Ciudadana*, BdeF, Madrid, 2011.

- MERTON, R. K., «Social Structure and Anomie», en *American Sociological Review*, vol. 3, núm. 5, 1938.
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, BdeF, Montevideo, 2003.
- MOCCIA, S., «Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema orientado teleológicamente», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ED.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- MOYER, I. L., *Criminological Theories. Traditional and Nontraditional Voices and Themes*, Sage, Thousand Oaks, 2001.
- NAGIN, D. S., «Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century», en *Crime and Justice*, vol. 23, 1998.
- NAGIN, D. S., «Deterrence in the Twenty-First Century» en *Crime and Justice*, vol. 42, 2013.
- NAGIN, D. S., y PATERNOSTER, R., «Preventive effects of the perceived risk of arrest: Testing and expanded conception of deterrence», en *Criminology*, vol. 29, 1991.
- NEWMAN, G., y MARONGIU, P., «Penological Reform and the Myth of Beccaria», en *Criminology*, vol. 28, 1990.
- PATERNOSTER, D., y BACHMAN, R. (EDS.), *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Oxford University Press, New York/Oxford, 2001.
- PATERNOSTER, R., «How much do we really know about criminal deterrence?», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, núm. 3, 2010.
- PATERNOSTER, R., «Perceived certainty and severity of punishment: A review of the evidence and issues», en *Justice Quarterly*, vol. 4, núm. 2, 1987.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: nociones generales», en Lascurain Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, 2015.
- PIETRO SANCHÍS, L., «La filosofía penal de la Ilustración española», en ARROYO ZAPATERO, L., y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (DIRS.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

- PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T., «Elaborating the Individual Difference Component in Deterrence Theory», en *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, vol. 7, 2011.
- POGARSKY, G. «General Deterrence: Review with Commentary on Decision-Making», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- POGARSKY, G., «Deterrence and decision making: Research questions and theoretical refinements, en KROHN, M. D., LIZOTTE, A. J., y HALL, G. P. (EDS.), *Handbook on crime and deviance*, Nueva York, Springer, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra Editores, Lima, 2008.
- RAMOS VÁZQUEZ, I., «El Derecho penal de la Ilustración», en ALVARADO PLANAS, J., y SERRANO MAÍLLO, A. (EDS.), *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007.
- RENKE, W. N., «Book Review - Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research, A. von Hirsch, A. E. Bottoms, E. Burney and P-o. Wikström (Portland, Oregon: Hart, 1999)», en *Alberta Law Review*, núm. 597, 2001.
- SÁNCHEZ OTHARAN, J. F., *Protección penal del medio ambiente y disuasión. Una mirada desde el análisis económico del derecho*. Tesis Doctoral, 2019. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/666560#page=1>
- SHAVELL, S., «A Note on Marginal Deterrence», en *International Review of Law and Economics*, vol. 12, núm. 3, 1992.
- STAFFORD, M. C., y WARR, M., «A reconceptualization of general and specific deterrence», en *J. Res. Crime Delinquency*, vol. 30, 1993.
- STARK, W. (ED.), *Jeremy Bentham's Economic Writings*, Allen and Unwin, London, 1955.
- SUTHERNLAND, E. H., *Principles of Criminology, Fourth Edition*, J. B. Pippincott Company, USA, 1947.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992.

- TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- TONRY, M., y FARRINGTON, D. P., «Strategic Approaches to Crime Prevention», en *Crime and Justice*, vol. 19, 1995.
- VON HENTING, H., «Limits of Deterrence», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 29, Winter, 1938.
- VON HIRSCH, BOTTOMS, A. E., BURNEY, E., y WIKSTRÖM, P. O., *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, Hart, Portland, 1999.
- WIKSTRÖM, P. H., «Deterrence and Deterrence Experiences: Preventing Crime through the Threat of Punishment», en GIORA SHOHAM, S., BECK, O., y KETT, M. (EDS.), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Routledge, 2008.
- WILLIAMS, K., y HAWKINS, R., «Perceptual research on general deterrence: a critical review», en *Law Soc. Rev.*, vol. 20, 1986.
- ZAFFARONI, E. R., y HAGEMEIERS, I., «Ensayo preliminar», en FEUERBACH, A. v., *Tratado de derecho penal (Traducción al castellano de la 14ª ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer)*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

CAPÍTULO IV

- ACCIARRI, H., «Derecho y Análisis del Comportamiento», 2017, p. 29. Preprint disponible en: <file:///Users/anabelengomezbellvis/Downloads/SSRN-id2949035.pdf>
- ALONSO GALLO, J., «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», en *Indret*, núm.4, 2011.
- ANWAR, S., y LOUGHRAN, T. A., «Testing a Bayesian learning theory of deterrence among serious juvenile offenders», en *Criminology*, vol. 49, 2011.
- APEL, R. J., «Deterrence Perceptions», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

- APEL, R., «Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 29, 2013.
- APEL, R., y NAGIN, D. S., «Perceptual Deterrence», en BERNASKO, W., VAN GELDER, J. L., y ELFFERS, H. (EDS.), *The Oxford Handbook of Offender Decision Making*, Oxford University Press, New York, 2017.
- APEL, R., y NAGIN, D., «General Deterrence: A Review of Recent Evidence», en WILSON, J. Q., y PETERSILIA, J. (EDS.), *Crime and public policy*, Oxford University Press, New York, 2011.
- BECKER, G., «Crime and Punishment: an Economic Approach», en *Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, 1962.
- BLOCK, M. K., y HEINEKE, J. M., «A Labor Theoretic Analysis of the Criminal Choice», en *American Economic Review*, vol. 65, 1975.
- BUSHWAY, S. D., y OWENS, E. G., «Framing punishment: incarceration, recommended sentences, and recidivism», en *Journal of Law Economics*, vol. 56, 2013.
- CAMERER, C. F., y LOEWENSTEIN, G., «Behavioral economics: Past, present, future», en CAMERER, C. F., LOEWENSTEIN, G., y RABIN, M. (EDS.), *Advances in Behavioral Economics*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- CARROLL, J. S., «A Psychological Approach to Deterrence: The Evaluation of Crime Opportunities», en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 36, núm. 12, 1978.
- CASTRO LIÑARES, D., «Análisis Económico del Derecho Penal: un concepto recurrente», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019.
- CHALFIN, A. J., y TAHAMONT, S., «The Economics of Deterrence: A Review of the Theory and Evidence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.
- CHALFIN, A., y MCCRARY, J., «Criminal Deterrence: A Review of the Literature», en *Journal of Economic Literature*, vol. 55, núm. 1, 2017.

- CLARK, R. V., y CORNISH, D. B., «Modeling Offenders' Decisions: A Framework for Research and Policy», en *Crime and Justice*, vol. 6, 1985.
- COLLINS, M. E., y LOUGHRAN, T. A., «Rational choice, theory, heuristics, and biases», en BERNASCO, W., VAN GELDER, J. L., y ELFFERS, H. (EDS.), *The Oxford Handbook of Offender Decision making*, Oxford University Press, New York, 2017.
- COMMITTEE ON CRIMINAL PROCEDURE, *Deterrent Effects of Criminal Sanctions*, Assembly of the State of California, Sacramento, 1968.
- CORTADA DE KOAH, N., «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones», en *International Journal of Psychological Research*, vol. 1, núm. 1, 2008
- GINGERENZER, G., y GOLDSTEIN, D. G., «Reasoning the fast and frugal way: Models of bounded rationality», en *Psychological Review*, núm. 103, 1996.
- DAU-SCHMIDT, K. G., «An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy», en *Duke Law Journal*, vol 1. 1990.
- DECKER, S., WRIGHT, R., y LOGIE, R., «Perceptual deterrence among active residential burglars: A research note», en *Criminology*, vol. 31, núm. 1, 1993.
- DHAMI, S., y AL-NOWAIHI, A., «Behavioral economics», en RAMACHANDRAN V. S (ED.), *Encyclopedia of Human Behavior*, Elsevier, Amsterdam, 2012.
- EDWARDS, W., LINDMAN, H., y SAVAGE, L. J., «Bayesian statistical inference for psychological research», en *Psychological Review*, núm. 70, 1963.
- EHRlich, I., «Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation», en *Journal of Political Economy*, vol. 81, 1973.
- ERICKSON, M. L., y GIBBS, J. P., «Objective and Perceptual Properties of Legal Punishment and the Deterrence Doctrine», en *Social Problems*, vol. 25, 1978.
- FARIÑA, F., ARCE, R., y NOVO, M., «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», en *Psicothema*, vol. 14, núm. 1, 2002.

- GÄCHTER, S., ORZEN, H., RENNER, E., y STARMER, C., «Are experimental economists prone to framing effects? A natural field experiment», en *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 70, 2009.
- GAROUPA, N., «Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review», en *European Journal of Law and Economics*, vol. 15, 2003.
- GAROUPA, N., «The Theory of Optimal Law Enforcement», en *Journal of Economic Surveys*, vol. 11, núm. 3, 1997.
- GEERKEN, M. R., y GOVE, W. R., «Deterrence: some theoretical considerations», *Law Soc Rev*, vol. 9, 1975.
- GIBBS, J. P., «Crime, Punishment, and deterrence», en *Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, 1968.
- GIGERENZER, G., y GAISSMAIER, W., «Heuristic decision-making», en *Annual Review of Psychology*, vol. 62, 2011.
- GRIGORYEVA, M. S., y MATSUEDA, R. L., «Rational Choice, Deterrence, and Crime: Sociological Contributions», en BRUINSMA, G., y WEISBURD, D. (EDS.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, New York, 2014.
- GUTHRIE, C., «Prospect Theory, Risk Preference & the Law», en *Nortwestern University Law Review*, vol. 97, 2002.
- HAREL, A., «Criminal Law as an Efficiency-Enhancing Device: The Contribution of Gary Becker», en DUBBER, M. (ED.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HASELTON, M. G., NETTLE, D., y MURRAY, D. R., «The evolution of cognitive bias», en *The Handbook of Evolutionary Psychology*, 2015.
- HAYDEN, G., y ELLIS, S. E., «Law and Economics After Behavioral Economics», en *Kansas Law Review*, vol. 55, 2007.
- HEINEKE, J., *Economic Models of Criminal Behavior*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1978.
- HERBERT, J., «Rationality and Criminality», en *Social Science Quarterly*, núm. 3, 1978.
- HUANG, C-C, LAING, D., y WANG, P., «Crime and Poverty: A Search-Theoretic Approach», en *Interantional Economic Review*, vol. 45, 2004.

- JACOB, H., «Rationality and Criminality», en *Social Science Quarterly*, vol. 59, núm. 3, 1978.
- JOHNSON, E. J., y GOLDSTEIN, D., «Do Defaults Save Lives?», en *Policy Forum*, , vol. 302, 2003.
- KAHNEMAN, D., «A Perspective on Judgement and Choice: Mapping Bounded Rationality», en *American Psychologist*, vol. 58, núm. 9, 2003.
- KAHNEMAN, D., «Rational choice and the framing of decisions», en VV. AA., *Multiple criteria decision making and risk analysis using microcomputers* (pp. 81-126), Springer, Berlin, 1989.
- KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, Straws and Giroux, New York, 2011.
- KAHNEMAN, D., y FREDERICK, S., «A Model of Heuristic Judgment», en JOLYOAK, K. J., y MORRISON, R. G. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- KAHNEMAN, D., y TVERSKY, A., «Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk», en *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979.
- KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., y WELLS, L., «Nudging Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- KLECK, G., SEVER, B., LI, S., y GERTZ, M., «The Missing Link in General Deterrence Research», en *Criminology*, vol. 43, 2005.
- KLECK, G., y BARNES, J. C., «Deterrence and Macro-Level Perceptions of Punishment Risks: Is There a “Collective Wisdom”», en *Crime & Delinquency*, vol. 59, núm. 7, 2013.
- KOROBKIN, R. B. y ULEN, T. S., «Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics», en *Californai Law Reviw*, vol. 88, 2000.
- LEE, D. S., y MCCRARY, J., «The Deterrent Effect of Prison: Dynamic Theory and Evidence», Emerald Publishing Limited, 2017.

- LIN, Y., OSMAN, M., ASHCROFT, R., «Nudge: Concept, effectiveness, and ethics», en *Basic Appl. Soc. Psych*, vol. 39, 2017
- LOUGHRAN, T. A., POGARSKY, G., PIQUERO, A. R., PATERNOSTER, R., «Re-examining the functional form of the certainty effect in deterrence theory», en *Justice Quarterly*, vol. 29, 2012.
- LOURENÇO, J. S., CIRIOLO, E., ALMEIDA, S. R., y DESSART, F. J., *Behavioural insights applied to policy-country overviews 2016*, Joint Research Centre, Sevilla, 2016.
- LOURENÇO, J. S., CIRIOLO, E., ALMEIDA, S. R., y DESSART, F. J., *Behavioural insights applied to policy-country overviews 2016*, Joint Research Centre, Sevilla, 2016.
- MAIER, M., BARTOS, F., STANLEY, T. D., WAGENMAKERS, E. J., «No evidence for nudging after adjusting for publication bias», en *PNAS*, vo. 119, núm. 31, 2022.
- MANSKI, C. F., «Measuring Expectations», en *Econometrica*, vol. 72, núm. 5, 2004.
- MARTÍN SEGURA, J. A., y NAVARRO ESPIGARES, J. L., «Metodología econométrica para el análisis económico del delito. Los modelos de datos de panel», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 5, 2007.
- MATSUEDA, R. L., KREAGER, D. A., HUIZINGA, D., «Deterring delinquents: a rational choice modelo of theft and violence», en *American Sociology Review*, vol. 71, 2006.
- MATUTE, H., *Nuestra mente nos engaña. Sesgos y errores cognitivos que todos hacemos*, 2019.
- MCADAMS, R. H., y ULEN, T. S., «Behavioral Criminal Law and Economics», en *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, núm. 440, 2008.
- MCCARTY, B. «New Economics of Sociological Criminology», en *Annu. Rev. Sociol.*, vol. 28, 2002.
- MEEHL, P. E., *Clinical versus statistical prediction*, University press, Minneapolis, 1954.
- MUEHLBACHER, S., «Prospect Theory and Tax Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

- MULLAINATHAN, S., y THALER, R. H., «Behavioral economics», 2000. Disponible en: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w7948/w7948.pdf
- PATERNOSTER, R., «Perceptual Deterrence Theory», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L., *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.
- PATERNOSTER, R., y POGARSKY G., «Rational choice, agency, and thoughtfully reflective decision making: the short- and long-term consequences of making good choices», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27, 2009.
- PI, D., «Using Bounded Rationality to Fight Crime», en *Available at SSRN 2214504*, 2013.
- PICKETT, J. T., «Using Behavioral Economics to Advance Deterrence Research and Improve Crime Policy: Some Illustrative Experiments», en *Crime & Delinquency*, vol. 64, núm. 12, 2018.
- PICKETT, J. T., BARNES, J. C., WILSON, T., y ROCHE, S. P., «Prospect Theory and Criminal Choice: Experiments Testing Framing, Reference Dependence, and Decision Weights», en *Justice Quarterly* vol. 37, núm. 6, 2020.
- POGARSKY, G., «Deterrence and individual differences among convicted offenders», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 23, 2017.
- POGARSKY, G., «Heuristics and Biases in the Criminology of Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D., *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Heuristics and biases, rational choice, and sanction perceptions», en *Criminology*, vol. 55, núm. 1, 2017.
- POGARSKY, G., ROCHE, S. P., y PICKETT, J. T., «Offender Decision-Making in Criminology: Contributions from Behavioral Economics», en *Annual Review of Criminology*, 2018.
- POGARSKY, G., y HERMAN, S., «Nudging and the choice architecture of offending decisions», en *Criminology & Public Policy*, vol. 18, 2019.

- POLINSKY, A. M., y SHAVELL, S., «On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence», en *Journal of Legal Studies*, vol. 28, 1999.
- SCHMIDT, P., y WITTE, A. D., *An Economic Analysis of Crime and Justice: Theory, Methods, and Applications*, Academic Press, Orlando, 1984.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc. 1, 1996.
- SIMON, H. A., «Bounded Rationality», en EATWELL, J., MILGATE, M., NEWMAN, P. (EDS.), *Utility and Probability*, Palgrave Macmillan, London, 1990.
- SIMON, H. A., *Models of man: Social and rational*, Wiley, New York, 1957.
- SIMON, H., «A Behavioral Model of Rational Choice», en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, núm. 1, 1955.
- SIMON, H., «Invariants of human behavior», en *Annual Review of Psychology*, vol. 41, 1990.
- SPELLMAN, B. A., y SCHNALL, S., «Embodied Rationality», en *Queen LJ*, vol. 35, 2009.
- STARMER, C., «Developments in Non-Expected Utility Theory: The Hunt for a Descriptive Theory of Choice under Risk», en *Journal of Economic Literature*, vol. 38, 2000.
- THALER, R. H., «Doing economics without homo economicus», en MEDEMA, S. G., y SAMULES, W. J. (EDS.), *Exploring the foundations of research in economics: How should economists do economics?*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 1996.
- THALER, R. H., *Misbehaving: The making of behavioral economics*, W. W. Norton & Company, New York, 2015.
- THALER, R. H., *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, Norton, New York, 2015.
- THALER, R. H., y SUNSTEIN, C. R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.
- THOMAS, K. J., HAMILTON, C., y LOUGHRAN, T. A., «Testing the transitivity of reported risk perceptions: evidence of coherent arbitrariness», en *Criminology*, vol. 56, núm. 1, 2018.

- THOMAS, K. J., POGARSKY, G., y LOUGHRAN, T. A., «Paternoster on Human Agency and Crime: a Rejoinder to Critics on His Behalf», en *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, vol. 7, 2021.
- THOMAS, K., J., y LOUGHRAN, T. A., «Rational Choice», en BRUINSMA, G., y WEISBURD, D. (EDS.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, New York, 2014.
- TITTLE, C. R., «Crime rates and legal sanctions», en *Social Problems*, vol. 16, 1969.
- TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment», en *Psychological Review*, vol. 90, núm. 4, 1983.
- TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», en *Science*, vol. 185, núm. 4157, 1974.
- VAN GELDER, J. L., y VRIES, R. E., «Traits and states: integrating personality and affect into a model of criminal decision making», en *Criminology*, vol. 50, 2012.
- VÁSQUEZ DUQUE, O., *Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- WALDO, G. P., y CHIRICOS, T., G., «Perceived Penal Sanction and Self-Reported Criminality: A Neglected Approach to Deterrence Research», en *Social Problems*, vol. 19, núm. 4, 1972.
- WEISBURD, D., EINAT, T., y KOWALSKI, M., «The miracle of the cells: An experimental study of interventions to increase payment of court-ordered fines», en *Criminology and Public Policy*, vol. 7, 2008.
- WHICHARD, C., y FELSON, R. B., «Are Suspects Who Resist Arrest Defiant, Desperate, or Disoriented?», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 2016.
- WIKSTRÖM, P. O. H., «Deterrence and Deterrence Experiences: Preventing Crime Through the Threat of Punishment», en SHOHAM, S. G., BECK, O., y KETT, M. (EDS.), *International Book of Penology and Criminal Justice*, CPC Press, Boca Raton, 2008.

- WILLIAMS, K. R., y HAWKINS, R., «Perceptual Research on General Deterrence: A Critical Review», en *Law & Society*, vol. 20, núm. 4, 1986.
- WITTE, A. D., «Estimating the Economic Model of Crime With Individual Data», en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 94, 1980.
- WRIGHT, R. T., y DECKER, S. H., *Armed Robbers in Action. Stickups and Street Culture*, Northeastern University Press, Boston, 1997.

CAPÍTULO V

- ANDEANES, J., *Punishment and Deterrence*, Univ. Mich, Press, Ann Arbor, 1974.
- APEL, R., y DEWITT, S. E., «Informal and Formal Sanctions», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018.
- ARIEL, B., SHERMAN, L. W., y NEWTON, M., «Testing hot-spots police patrols against no-treatment controls: Temporal and spatial deterrence effects in the London Underground experiment», en *Criminology*, vol. 58, 2020.
- AUSTIN, J., CLARK, J., HARDYMAN, P., y HENRY, A. D., «The Impact of 'Three Strkes and You're Out'», en *Punishment and Society*, vol. 1, 1999.
- BACHMAN, R., PATERNOSTER, R., y WARD, S., «The Rationality of Sexual Offending: Testing a Deterrence/Rational Choice Conception of Sexual Assault», en *Law & Society Review*, vol. 26, núm. 2, 1992.
- BAIER, M., «Relations between Social and Legal Norms», en BAIER, M. (Ed.), *Social and Legal Norms. Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*, Ashgate, Surrey, 2013.
- BARNUM, T. C., NAGIN, D., y POGARSKY, G., «Sanction risk perceptions, coherence, and deterrence», en *Criminology*, vol. 59, 2021.

- BARTELS, D. M., BAUMAN, C. W., CUSHMAN, F. A., PIZARRO, D. A., y MCGRAU, A. P., «Moral Judgment and Decision-Making», en KEREN, G., y WU, G. (EDS.), *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Wiley, Chicester, 2015.
- BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un cyberhate? Predictores de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *International e-Journal of Criminal Sciences*, núm. 11, 2017.
- BEETHAM, D., «Revisiting Legitimacy, Twenty Years on», en TANKEBE, J. y LIEBLING, A. (EDS.), *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BELVEDERE, K., WORRALL, J. L., y TIBBETTS, S. G., «Explaining Suspect Resistance in Police-Citizen Encounters», en *Criminal Justice Review*, vol. 30, núm. 1, 2005.
- BERGQUIST, M., y NILSSON, A., «The Dos and DON'T in Social Norms: A Descriptive Don't-Norm Increases Conformity», en *Journal of Theoretical Social Psychology*, vol. 3, 2019.
- BILZ, K., y NADLER, J., «Law, moral attitudes, and behavioral change», en ZAMIR, E., y TEICHMAN, D. (EDS.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, New York, 2014.
- BOTTOMS, A., «Compliance and Community Sanctions», en BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L., y REX, S. (EDS.), *Community Penalties. Changes and Challenges*, Willan, Cullompton, 2001.
- BOTTOMS, A., «Morality, Crime, Compliance and Public Policy», en BOTTOMS, A., y TONRY, M. (EDS.), *Ideology, Crime and Criminal Justice: A Symposium in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, Willan, Cullompton, 2002.
- BOTTOMS, A., «Understanding Compliance with Laws and Regulations: A Mechanism-Based Approach», en KRAMBIA-KAPARDIS, M. (ED.), *Financial Compliance. Issues, Concerns and Future Directions*, Palgrave MacMilan, Switzerland, 2019.

- BOTTOMS, A., y TANKEBE, J., «Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2012.
- BOUFFARD, J. A., EXUM, M. L., y PATERNOSTER, R., «Whither the beast? The role of emotions in criminal conduct», en SIMPSON, S. S. (ED.), *Of Crime and Criminality*, Pine Forge, Thousand Oaks, 2000.
- BOUFFARD, L. A., y PIQUERO, N. L., «Defiance theory and life course explanations of persistent offending», en *Crime and Delinquency*, vol. 56, 2010.
- BOUFFARD, L. A., y SHERMAN, L. W., «Defiance Theory», en BRUINSMA, G., y WEISBURD, D. (EDS.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, 2014.
- BRADFORD, B., «Policing and social identity: Procedural justice, inclusión and cooperation between police and public», en *An International Journal of Research and Policy*, 2012.
- BRAGA, A. A., *Police Enforcement Strategies to Prevent Crime in Hot Spot Areas*. Edited by Office of Community Oriented Policing, Washington, DC, US Department of Justice, 2008.
- BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- BRAME, R., y PATERNOSTER, R., «Defiance Theory», en MILLER, M. J. (ED.), *The Encyclopedia of Theoretical Criminology*, Blackwell Publishing, 2014.
- CARMICHAEL, S., y PIQUERO, A. R., «Sanctions, perceived anger, and criminal offending», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 20, 2004.
- CASTRO-TOLEDO, F. J., «Obediencia a la ley y apoyo al Sistema de justiciar penal en colectivos vulnerables», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019.
- CHARLES, K. K., y DURLAUF, S. N., «Pitfalls in the Use of Time Series Methods to Study Deterrence and Capital Punishment», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 29, núm. 1, 2013.
- CIALDINI, R., «Crafting Normative Messages to Protect the Environment», en *Current Directions in Psychological Science*, vol. 12, 2003.

- CIALDINI, R., «Descriptive Social Norms as Underappreciated Sources of Social Control», en *Psychometrika*, vol. 72, 2007.
- CIALDINI, R., DEMAINE, L., SAGARIN, B., BARRETT, D., RHOADS, K., y WINTERS, P., «Managing Social Norms for Persuasive Impact», en *Social Influence*, vol. 1, 2006.
- CIALDINI, R., *Influencia, la psicología de la persuasión*, Traducción de Jesús De la Torre Olid, Haper Collins, 2022.
- CIALDINI, R., RENO, R., y KALGREN, C., «A Focus Theory of Normative Conduct: Recycling the Concept of Norms to Reduce Littering in Public Places», en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 58, 1990.
- CIALDINI, R., y TROST, M., «Social Influence: Social Norms, Conformity and Compliance», en GILBERT, D., FIKSKE, S., y LINDZEY, G. (EDS.), *The Handbook of Social Psychology*, McGraw-Hill, New York, 1998.
- CULLEN, F. T., PRATT, T. C., TURANOVIC, J. J., y BUTLER, L., «When Bad News Arrives: Project HOPE in a Post-Factual World», en *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 34, núm. 1, 2018.
- DARLEY, J. M., «On the unlikely prospect of reducing crime rates by increasing the severity of prison sentences», en *Journal of Law and Policy*, vol. 13, núm. 1, 2005.
- DECOENE, S., y BEYENS, K., «Compliance Dynamics: A Multidisciplinary Review and Exploration of Compliance Processes in the Belgian Context», en UGWUDIKE, P., y RAYNOER, P. (EDS.), *What Works in Offender Compliance. International Perspectives and Evidence-Based Practice*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.
- DEUTSCH, M., y GERARD, H., «A Study of Normative and Informational Social Influences upon individual Judgment», en *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 51, 1995.
- DI TELLA, R., y SCHARGRODSKY, E., «Do Police Reduce Crime? Estimates Using the Allocation of Police Forces After a Terrorist Attack», en *The American Economic Review*, vol. 94, núm. 1, 2004.

- DOBB, A. N., y WEBSTER, C. M., «Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis», en *Crime and Justice: Review of Research*, vol. 30, 2003.
- DÖLLING, D., ENTORF, H., HERAMNN, D., «Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment», en *European Journal on Crime Policy and Research*, vol. 15, 2009.
- DURLAUF, S. N., y NAGIN, D., «Imprisonment and Crime: Can Both Be Reduced?», en *Criminology and Public Policy*, vol. 10, núm. 1, 2011.
- ETZIONI, A., *The Moral Dimension: Toward a New Economics*, Free Press, New York, 1988.
- FARROW, K., GROLLEAU, G., y IBAÑEZ, L. «Social Norms and Pro-environmental Behavior: A Review of the Evidence», en *Ecological Economics*, vol. 140, 2017.
- FREEMAN, J., LIOSSIS, P., y DAVID, N., «Deterrence, Defiance and Deviance: An Investigation Into a Group of Recidivist Drink Drivers' Self-Reported Offending Behaviours», en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 39, núm. 1, 2006.
- FRENCH, J. R. P., y RAVEN, B. H., «The bases of social power», en CARTWRIGHT, D. (ED.), *Studies in Social Power*, Univ. Mich. Inst. Soc. Res, Ann Arbor, 1959.
- GARCÍA AÑÓN, J., LLORENTE FERRERES, A., BRADFORD, B., GARCÍA SÁEZ, J. A., y GASCÓN CUENCA, A., *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GEERKEN, M. R., y WALTER, R. G., «Deterrence: Some Theoretical Considerations», en *Law and Society*, vol. 9, 1975.
- GRAHAM, J., HAIDT, J., KOLEVA, S., MOTYL, M., IYER, R., WOJCIK, S. P., y DITTO, P. H., «Chapter Two- Moral Foundations Theory: The Pragmatic Validity of Moral Pluralism», en *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 47, 2013.
- GRASMICK, H. G., y BURSIK, R. J., «Conscience, significant others, and rational choice: Extending the deterrence model», en *Law and Society Review*, vol. 24, 1990.
- HALPERN, D., *Inside the Nudge Unite: How Small Changes Can Make a Big Difference*, W.H. Allen, London, 2015.

- HAWKEN, A., y KLEIMAN, M., «Managing drug involved probationers with Swift and certain sanctions: Evaluating Hawaii's HOPE: Executive Summary», National Criminal Justice Reference Services, Washington DC, 2009.
- HELLAND, E., y TABARROK, A., «Does Three Strikes Deter? A Nonparametric Estimation», en *Journal of Human Resources*, vol. 422, 2007.
- HIRTENLEHNER, H., y WIKSTRÖM, P. O. H., «Experience or deterrence? Revisiting and old but neglected issue», en *European Journal of Criminology*, vol 14, núm. 4, 2017.
- HITLIN, S., y VAISEY, S., «The new sociology of morality», en *Annual Review of Sociology*, vol. 39, núm. 1, 2013.
- HOEBEN, E. M., y THOMAS, K. J., «Peers and offender decision-making», en *Criminology & Public Policy*, vol. 28, 2019.
- JACOB, C., GUÉGUEN, N., y BOULBRY, G., «How Proof of Previous Donations Influences Compliance with a Donation Request: Three Field Experiments», en *International Review on Public and Nonprofit Marketing*, vol. 15, 2018.
- KLEPPER, S., y NAGIN, D., «Tax Compliance and Perceptions of the Risks of detection and Criminal Prosecution», en *Law & Society Review*, vol. 23, núm. 2, 1989.
- KLEPPER, S., y NAGIN, D., «The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity Revisited», en *Criminology*, vol. 27, 1989.
- KOVANDZIC, T. V., VIERAITIS, L. M., y BOOTS D. P., «Does the Death Penalty Save Lives? New Evidence from State Panel Data, 1977 to 2006», en *Criminology and Public Policy*, vol. 8, núm. 4, 2009.
- LAND, K., RAYMOND, H. C., TESKE, JR., y ZHENG, H., «The Short-Term Effects of Executions on Homicides: Deterrence, Displacement, or Both?», en *Criminology*, vol. 47, núm. 4, 2009.
- LEEPER PIQUERO, N., y BOUFFARD, L. A., «A Preliminary and Partial test of Specific Defiance», en *Journal of Crime and Justice*, vol. 26, 2003.

- LETTENEY, K. W., «Defiance Theory», en SCHRECK, C. J. (ED.), *The Encyclopedia of Juvenile Delinquency and Justice*, John Wiley & Sons, 2017.
- LEVITT, S. D., y MILES, T. J., «Economic Contributions to the Understanding of Crime», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, 2006.
- LEVITT, S., D., «The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation», en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 111, 1996.
- LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTER, R., PIQUERO, A. R., y POGARSKY, G., «On ambiguity in perceptions of risk: implications for criminal decision making and deterrence», en *Criminology*, vol. 29, núm. 4, 2011.
- LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTER, R., y PIQUERO, A. R., «Individual Difference and Deterrence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018.
- LOUGHRAN, T. A., PATERNOSTER, R., y WEISS, D., «Hyperbolic Time Discounting, Offender Time Preferences and Deterrence», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 28, 2012.
- MALLE, B. F., «Moral Judgments», en *Annual Review of Psychology*, vol. 72, 2021.
- MATSUEDA, R. L., y KREAGER, D. A., «Deterring Delinquents: A Rational Choice Model of Theft and Violence», en *American Sociological Review*, vol. 71, 2006.
- MAZEROLLE, L. G., ANTROBUS, E., BENNETT, S., y TYLER, T. R., «Shaping citizen perceptions of police legitimacy: A randomized field trial of procedural justice», en *Criminology*, vol. 51, 2013.
- MAZEROLLE, L., BENNETT, S., SARGEANT, D. J., SARGEANT, E., y MANNING, M., «Procedural justice and police legitimacy: a systematic review of the research evidence», en *Journal of Experimental Criminology*, vol. 9, 2013.
- MCBARNET, D., «Questioning the Legitimacy of Compliance: A Case Study of the Banking Crisis», en CRAWFORD A., y

- HUCKLESBY, A. (EDS.), *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice*, Routledge, London, 2013.
- MEIER, R. F., y JOHNSON, W. T., «Deterrence as a Social Control: the Legal and Extralegal Production of Conformity», en *American Sociological Review*, vol. 42, núm. 2, 1977.
- NAGIN, D. S., «Deterrent Effects on the Certainty and Severity of Punishment», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JOHNSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.
- NAGIN, D. S., y PATERNOSTER, R., «Enduring Individual Differences and Rational Choice Theories of Crime», en *Law & Society Review*, vol. 27, núm. 3, 1993.
- NAGIN, D. S., y PEPPER, J. V. (EDS.), *Deterrence and the Death Penalty*, National Research Council of the National Academies, 2012.
- NAGIN, D. S., y POGARSKY, G., «Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: theory and evidence», en *Criminology*, vol. 39, 2001.
- NAGIN, D. S., y POGARSKY, G., «Time and Punishment: Delayed Consequences and Criminal Behavior», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 20, núm. 4, 2004.
- NAGIN, D., «Deterrence: A Review of the Evidence By a Criminologist for Economists», en *Annual Review of Economics*, vol. 5, 2013.
- NOLAN, J., «Social Norms and Their Enforcement», en HARKINS, S., WILLIAMS, K., y BURGER, J. (EDS.), *The Oxford Handbook of Social Influence*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- NOLAN, J. M., y WALLEN, K. E., «Social Norms and Persuasion», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- PATERNOSTER, R., BACHMAN, R., BRAME, R., y SHERMAN, L. W., «Do Fair Procedures Matter? The Effect of Procedural Justice on Spouse Assault», en *Law & Society Review*, vol. 31, núm. 1, 1997.
- PATERNOSTER, R., POGARSKY, G., y ZIMMERMAN, G., «Thoughtfully reflective decision making and the

- accumulation of capital: bringing the choice back», en *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27, 2011.
- PATERNOSTER, R., y POGARSKY, G., «Rational choice, agency, and thoughtfully reflective decision making: the short and long term consequences of making good choices», en *Journal Quantitative Criminology*, vol. 25, 2009.
- PIQUERO, A. R., y TIBBETS, S. G., «Specifying the direct and indirect effects of low self-control and situational factors in offenders' decision making toward a more complete model of rational offending», en *Justice Quarterly*, vol. 13, 1996.
- POGARSKY, G., «Identifying "deterable" offenders: Implications for research on deterrence», en *Justice Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 2002.
- PRATT, T. C., CULLEN, F. T., BLEVINS, K. R., DAIGLE, L. E., y MADENSEN, T. D., «The Empirical Status of Deterrence Theory: A Meta-Analysis», en CULLEN, F. T., WRIGHT, J. P., y BLEVINS, K. R. (EDS.), *Taking stock: The status of criminological theory*, Transaction Publishers, 2006.
- PRATT, T. C., y CULLEN, F. T., «Assessing Macro-Level Predictors and Theories of Crime: A Meta-Analysis», en *Crime and Justice*, vol. 32, 2005.
- PRATT, T., y TURANOVIC, J. J., «Celerity and Deterrence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018.
- PRESTWICH, A., KELLAR, I., CONNER, M., LAWTON, R., GARDNER P., y TURGUT, L., «Does Changing Social Influence Engender Changes in Alcohol Intake? A Meta-analysis», en *Journal of Consulting and Criminal Psychology*, vol. 84, 2016.
- RASKOLNIKOV, A., «Criminal Deterrence: A Review of the Missing Literature», en *Supreme Court Economic Review*, vol. 28, núm. 1, 2020.
- REBELLON, C. J., LEEPER PIQUERO, N., PIQUERO, A. R., y TIBBETS, S. G., «Anticipated shaming and criminal offending», en *Journal of Criminal Justice*, vol. 38, 2010.
- REISIG, M. D., TANKEBE, J., y MESKO, G., «Procedural justice, police legitimacy, and public cooperation with the police

- among young Slovene adults», en *Varstvooslojje: Journal of Criminla Justice & Security*, vol. 14, 2012.
- ROBBINS, B., y KISER, E., «State coercion, moral attitudes, and tax compliance: Evidence from a national factorial survey experiment of income tax evasion», en *Social Science Research*, vol. 91, 2020.
- ROBINSON, E., THOMAS, J., AVEYARD, P., HIGGS, S., «What Everyone Else Is Eating: A Systematic Review and Meta-analysis of the Effect of Informational Eating Norms on Eating Behavior», en *Journal of the Academy of Nutrition and Dietetics*, vol. 114, 2014.
- ROBINSON, P. H., *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, New York, 2013.
- ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., «Intuitions of justice: Implications for criminal law and justice policy», *S. Cal. L. Rev.*, vol. 81, 2007.
- ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder, 1995.
- SALTZMAN, L., PATERNOSTER, R., WALDO, G. P., y CHIRICOS T. G., «Deterrent and experiential effects: the problem of causal order in perceptual deterrence research», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 19, núm. 2, 1982.
- SCHEFF, T. J., y RETZINGER, S. M., *Emotions and Violence: Shame and Rage in Destructive Conflicts*, Lexington Books, Lexington, 1991.
- SCHOPFER, A., y PIQUERO, A. R., «Self-Control, Moral Beliefs, and Criminal Activity», en *Deviant Behavior*, vol. 27, 2006.
- SERRANO GÓMEZ, A., «Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1982.
- SERRANO MAÍLLO, A., *Teoría Criminológica. La explicación del delito en la sociedad contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2017.
- SHERMAN, L. W., «Criminology and Criminalization: Defiance and the Science of the Criminal Sanction», en *International Annals of Criminology*, vol. 31, núm. 1-2, 1993.
- SHERMAN, L. W., «Defiance, compliance and consilience: A General Theory of Criminology», EN MCLAUGHLIN, E., y

- NEWBURN, T. (EDS.), *The Sage Handbook of Criminological Theory*, Sage, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2010.
- SHERMAN, L. W., «Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 30, núm. 4, 1993.
- SHERMAN, L. W., «Police crackdowns: Initial and residual deterrence», en *Crime and Justice*, vol. 12, 1990.
- SHERMAN, L. W., SCHMIDT, J. D., ROGAN, D. P., SMITH, D. A., GARTIN, P. R., COHN, E. G., COLLINS, D J., y BACICH, A. R., «Variable Effects of Arrest on Criminal Careers: The Milwaukee Domestic Violence Experiment», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 83, núm. 1, 1992.
- SHI, L., «The Limit of oversight in policing: Evidence from the 2001 Cincinnati riot», en *Journal of Public Economics*, vol. 93, 2009.
- SHWEDER, R. A., MAHAPATRA, M., y MILLER, J. G., «Culture and moral development», en KAGAN, J., y LAMB, S. (EDS), *The emergence of morality in young children*, University of Chicago Press, Chicago, 1987.
- STOLZENBERG, L., y D'ALESSION, J., «Capital Punishment, Execution Publicity and Murder in Houston, Texas», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 94, núm. 2, 2004.
- STOLZENBERG, L., y D'ALESSION, S. J., «'Three Strikes and You're Out': The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates», en *Crime and Delinquency*, vol. 43, 1997.
- SUCHMAN, M. C., «Managing legitimacy: strategic and institutional approaches», *Acad. Manage. Rev.*, vol. 20, 1995.
- SULLIVAN, C. J., y LUGO, M., «Criminological Theory and Deterrence», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., y JONSON, C. L. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York/London, 2018.
- SUTHERLAND, E. H., *Principles of Criminology*, Lippincott, Philadelphia, 1934.

- también SCHIRALDI, V., y AMBROSIO, T. J., *Striking Out: The Crime Control Impact of "Three-Strikes" Laws*, Justice Policy Institute, Washington, D. C., 1997.
- TANKEBE, J., REISIG, M. D., y WANG, X., «A multidimensional model of police legitimacy: A cross-cultural assessment», en *Law and Human Behavior*, vol. 40, 2016.
- TAYLOR, R., HARRIS, P. W., JONES, P. R., WEILAND, D., GARCÍA, R. M., y MCCORD, E. S., «Short-term changes in adult arrest rates influence later short-term changes in serious male delinquency prevalence: a time-dependent relationship», en *Criminology*, vol. 47, núm. 3, 2009.
- TONRY, M., «Learning from the Limitations of Deterrence Research», en *Crimen and Justice*, vol. 37, núm. 1, 2008.
- TTOFI, M. M., y FARRINGTON, D. P., «Bullying: Short-Term and Long-Term Effects, and the Importance of Defiance Theory in Explanation and Prevention», en *Victims & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research, Policy and Practice*, vol. 3, 2008.
- TYLER, T. R., «Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law», en *Crime and Justice*, vol. 30, 2003.
- TYLER, T. R., «Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation», en *Annual Review of Psychology*, vol. 57, 2006.
- TYLER, T. R., *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven, 1990.
- TYLER, T., «Procedural justice and policing: A rush to judgment?», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 13, 2017.
- VAISEY, S., y MILES, A., «Tools from moral psychology for measuring personal moral culture», en *Theory and Society*, vol. 43, 2014.
- VAN ERP, J., «Shaming and Compliance», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- WEISBURD, D., BUSHWAY, S., LUM, C., y YANG, S. M., «Trajectories of Crime at Places: A Longitudinal Study of Street Segments in the City of Seattle», en *Criminology*, vol. 42, 2004.

- WIKSTRÖM, P-O. H., «Individuals, settings, and acts of crime: situational mechanism and th explanation of crime», en WIKSTRÖM, P-O., H., y SAMPSON, R. J. (EDS.), *The Explanation of Crime. Context, Mechanisms, and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- WILLIAMS, K. R., GIBBS, J. P., y ERICKSON, M. L., «Public knowledge of statutory penalties: the extent and basis of accurate perception», en *Pacific Sociology Review*, vol. 23, 1980.
- WINGROVE, T., KORPAS, A., L., WEISZ, V., «Why were millions of people not obeying the law? Motivational influences on non-compliance with the law in the case of music piracy», en *Psychology, Crime & Law*, vol. 17, núm. 3, 2011.
- ZIMRING, F. E., FAGAN J., y JOHNSON, D. T., «Executions, Deterrence, and Homicide: A Tale of Two Cities», en *Jorunal of Empricial Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 2010.
- ZIMRING, F. E., HAWKINS, G., y KAMIN, S., *Punishment and Demoracy: Three Strikes and You're Out in California*, Oxford University Press, New York, 2001.
- ZIMRING, F.E., y HAWKINS, G. J., *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*, University Chicago Press, Chicago, 1973.

CAPÍTULO VI

- ALVIRA MARTÍN, F., *La encuesta: una perspectiva general metodológica*, Centro de Investigaciones sociológicas, Madrid, 2011.
- AVIRAM, C. S., «What Would You Do? Conducting Web-Based Factorial Vignette Surveys», en GIDEON, L. (ED.), *Handbook of Survey Methodology for the Social Sciences*, Springer, New York, 2012.
- CORRECHER MIRA, J., «Discurso del odio y minorías», en *Teoría y Derecho*, núm. 28, 2020.
- CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», en *Indret*, núm. 2, 2021.

- GARCÍA SAN PEDRO, J., y SERRANO MAÍLLO, A., «Prólogo», en FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., *«La medición del delito en la seguridad pública»*, Dykinson, Madrid, 2008.
- LEEPER PIQUERO, N., KANVINDE, V., y SANDERS, W., «Factorial Surveys and Crime Vignettes», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (DIRS.), GÓMEZ-BELLVÍS, A. B. (COORD.), *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica»*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- MIRÓ-LLINARES, F., y AGUERRI, J. C., «Misinformation about fake news: A systematic review of empirical studies on the phenomenon and its status as a ‘threat’», en *European Journal of Criminology*, 2021.
- PRESNO LINERA, M. A., «La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61, 2020.
- RANDO CASERMEIRO, P., «Disuasión y piratería», en *Indret*, núm. 3, 2019.
- RASKOLNIKOV, A., «Deterrence Theory: Key Findings and Challenges», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «The use of “empirical evidence”? In the Spanish Criminal Legislative Process from 1992-1995 to the present», en *Spanish Journal of Legislative Studies*, núm. 2, 2020.
- ROLLNERT LIERN, G., «El enaltecimiento del terrorismo», en *Revista de Derecho Político*, núm. 109, 2020.
- ROLLNERT LIERN, G., «Redes sociales y discurso del odio», en *IDP: Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020.
- SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal: Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- TYLER, T. R., «Legitimacy and Criminal Justice: The Benefits of Self-Regulation», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 7, 2009.

- VALERIO, L. M., y MAYAGOITIA, A., «Influencers y mensajes de odio: jóvenes y consumo de contenidos autocensurados», en *Prisma Social: Revista de investigación social*, núm. 34, 2021.
- VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- WALLANDER, L., «25 Years of Factorial Surveys in Sociology: A Review», en *Social Science Research*, vol. 38, 2009.

CAPÍTULO VII

ESTUDIO 1

- ALONSO, F., *et al.*, «Speed and Road Accidents: Behaviors, Motives, and Assessment of the Effectiveness of penalties for Speeding», en *American Journal of Applied Psychology*, núm. 3, 2013.
- ALTSCHULLER, S., y BENBUNAN-FICH, R., «Is the music the new prohibition? What students reveal through an ethical dilemma», en *Ethics and Information Technology*, vol. 11, núm. 1, 2009.
- ANDERSON, J., y LARSSON, S., «On the Justifications of Piracy: Differences in Conceptualization and Argumentation between Active Uploaders and Other File-Sharers», en ARVANITAKIS, J., y FREDRIKSSON, M. (EDS.), *Piracy: Leakages from Modernity*, Litwin Books, Los Angeles, 2013.
- BAUTISTA ORTUÑO, R., «¿Eres un ciberhater? Predictores de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *International E-Journal of Criminal Sciences*, núm. 11, 2017.
- BAUTISTA ORTUÑO, R., *La obediencia a las normas de tráfico: Predictores Psicosociales del cumplimiento normativo tras a reforma del Código Penal de 2007 en materia de Seguridad Vial*, Tesis Doctoral, 2012.
- BAUTISTA-ORTUÑO, R., y SITGES-MACIÁ, E., «Análisis de los predictores psicosociales de la transgresión de normas de

- tráfico en España: los casos del uso del cinturón, del teléfono móvil, los límites de velocidad y el límite de alcoholemia al volante», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 14, 2016.
- CHEN, H., *Third Person Effect and Internet Privacy Risks*, Tesis doctoral, 2017.
- CHIOU, J-S., HUANG, C-Y, LEE, H-H, «The Antecedents of Music Piracy Attitudes and Intentions», en *Journal of Business Ethics*, vol. 57, núm. 2, 2005.
- DAVISON, P., W., «The third-person effect in communication», en *Public Opinion Quarterly*, vol. 47, núm. 1, 1983.
- FELDMAN, Y., y NADLER, J., «Expressive Law and File Sharing Norms», en *San Diego Law Review*, vol. 43, 2005.
- GAYMARD, S., «Norms in social representations: two studies with French young drivers», en *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 1, núm. 2, 2009.
- GOPAL, R. D., et al., «Behavioral Model of Digital Music Piracy», en *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, vol. 14, núm. 2, 2004.
- JAMBON, M. M., y SMETANA, J. G., «College students' moral evaluations of illegal music downloading», en *Journal of Applied Developmental Psychology*, vol. 33, núm. 1, 2012.
- JENSEN, C., «The More Things Change, The More They Stay the Same: Copyright, Digital Technology, and Social Norms», en *Stanford Law Review*, núm. 56, 2003.
- KHLIF, H., y ACHEK, I., «The Determinants of Tax Evasion: a Literature Review», en *International Journal of Law and Management*, vol. 57, núm. 5, 2015.
- KRAWCZYK, M., et al., «Do pirates play fair? Testing copyright awareness of sports viewers», en *Behavior & Information Technology*, vol. 36, núm. 6, 2016.
- LAROSE, R., et al., «Sharing or Piracy? An exploration of Downloading Behavior», en *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 11, 2005.
- LARSSON, S., «Karl Renner and (Intellectual) Property -How Cognitive Theory Can Enrich Sociolegal Analysis of Contemporary Copyright», en *Law & Society Review*, vol. 48, núm. 1, 2014.

- LEVIN, A. M., DATO-ON, M. C., y MANOLIS, C., «Deterring illegal downloading: The effects on threat appeals, past behaviour, subjective norms, and attributions of harm», en *Journal of Consumer Behavior*, vol. 6, 2007.
- MANDEL, G. N., «The Public Perception of Intellectual Property», en *Fal. L. Rev.*, vol. 66, 2014.
- MIRÓ LLINARES, F., «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, núm. 2.
- MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011.
- MIRÓ LLINARES, F., «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *IDP. Revista Derecho y Política*, núm. 22, 2016.
- MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- MIRÓ LLINARES, F., *La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid.
- Oceja, L. V., et al., «¿Por qué cumplimos las normas? Un análisis psicosocial del concepto de legitimidad», en *Revista de Psicología Social*, vol. 16, núm. 1, 2011.
- PATERNOSTER, R., ET AL., «Perceived risk and social control: Do sanctions really deter?», en *Law & Society*, vol. 17, 1983.
- RANDO CASERMEIRO, P., «La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-03, 2015.
- ROBERSTON, K., et al., «Illegal Downloading, Ethical Concern, and Illegal Behavior», en *Journal of Business Ethics*, vol. 108, núm. 2, 2011.
- ROBINSON, P. H., y DARLEY, J. M., «The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best», en *Geo. L. J.*, vol. 91, 2003.

- SCHULTZ, M. F., «Copynorms: Copyright and Social Norms», 2006, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=933656>.
- SCHULTZ, M. F., «Fear and Norms and Rock & Roll: What Jambands can Teach Us about Persuading People to Obey Copyright Law», en *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 31, 2006.
- SINHA, R. K., y MANDEL, N., «Preventing digital music piracy: The carrot or the stick?», en *Journal of Marketing*, vol. 72, núm. 1, 2008.
- SVENSSON, M., y LARSSON, S., «Intellectual Property Law Compliance in Europe: Illegal File Sharing and the Role of Social Norms», en *New Media & Society*, vol. 14, núm. 7, 2012.
- TYLER, T. R., «Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective», en *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 29, 1997.
- WINGROVE, T., KORPAS, A. L., y WEISZ, V., «Why were millions of people not obeying the law? Motivational influences on non-compliance with the law in case of music piracy», en *Psychology, Crime & Law*, vol. 17, núm. 3, 2011.

ESTUDIO 2

- AALTONEN, M., y SALMI, V., «Versatile Delinquents of Specialized Pirates? A Comparison of Correlates of Illegal Downloading and Traditional Juvenile Crime», en *Journal of Scandinavian in Criminology and Crime Prevention*, vol. 14, núm. 2, 2013.
- ADLER, F., *Sisters in Crime*, Waveland Press, Prospect Heights, ILL, 1975.
- AKERS, R., *Social learning and social structure: A general theory of crime and deviance*, Northeastern University Press, Boston, 1998.
- AL-RAFEE, S., y CRONAN, T. P., «Digital Piracy: Factors that influence attitude toward behavior», en *Journal of Business Ethics*, núm. 63, 2006.

- BACHMAN, M., «The risk propensity and rationality of computer hackers», en *International Journal of Cyber Criminology*, núm. 4, 2010.
- BARBERET, R., *Women, Crime and Criminal Justice. A global enquiry*, Routledge, New York, 2014.
- BARBERET, R., y LARRAURI, E., «Métodos de investigación feministas», en BARBERET, R., BARTOLOMÉ, R., y FERNÁNDEZ-MOLINA, E. (COORDS.), *Metodología de investigación en Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BARLETT, C., y COYNE, S. M., «A Meta-Analysis of Sex Differences in Cyber-Bullying Behavior: The Moderating Role of Age», en *Aggressive Behavior*, vol. 40, 2014.
- BARTOLOMÉ, R., et al., «Los Factores de Protección frente a la Conducta Antisocial: ¿Explican las diferencias en violencia entre chicas y chicos?», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, 2009.
- BEATON, T., KIDD, M. P., y MACHIN, S., «Gender crime convergence over twenty years: Evidence from Australia», en *European Economic Review*, vol. 109, 2018.
- BELL, K. E., «Gender and Gangs. A Quantitative Comparison», en *Crime & Delinquency*, vol. 55, núm. 3, 2009.
- BOSSLER, A. M., «Perceived formal and informal sanctions on the willingness to commit cyber-attacks against domestic and foreign targets», en *Journal of Crime and Justice*, vol. 42, núm. 5, 2019.
- BROIDY, L., y AGNEW, R., ««Gender and crime: A general strain theory perspective», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 34, núm. 3, 1997.
- BURRUS, G. W., HOLT, T. J., Y BOSSLER, A., «Revisiting the suppression relationship between social learning and self-control on software piracy», en *Social Science computer Review*, vol. 37, 2019.
- BURTON, V. S., et al., «Gender, self-control, and crime», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 35, núm. 3, 1998.
- CASTRO-TOLEDO, F. J., «El cumplimiento de las normas de propiedad intelectual: hacia una comprensión de su

- prevalencia real y factores asociados», en *Lex Mercatoria*, vol. 13, núm. 5, 2020.
- CASTRO-TOLEDO, F. J., «Explorando los límites de la disuasión. Un meta-análisis doble sobre la influencia del castigo en el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual en Internet», en *Indret*, núm. 2, 2021.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., y Díez Ripollés, J. L., «La perspectiva de género en el tratamiento y prevención de la delincuencia femenina», en Miró Llinares, F., Agustina Sanllehí, J. R., Medina Sarmiento, J. E., y Summers, L. (EDS.), *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro Homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*, Dykinson, Madrid, 2015.
- CHO, H., Shung, S., y Filippova, A., «Perceptions of social norms surrounding digital piracy: How stereotypical cues impact gender participation in computer science», en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 97, 2009.
- COX, J., y Collings, A., «Sailing in the same ship? Differences in factors motivating piracy of music and movie content», en *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, núm. 50, 2014.
- DAIGLE, L. E., Cullen, F. T., y Wright, J. P., «Gender differences in Predictors of Juvenile Delinquency. Assessing the Generality-Specificity Debate», en *Youth Violence and Juvenile Justice*, vol. 5, núm. 3, 2007.
- DE COSTER, S., Heimer, K., y Cumley, S. R., «Gender and Theorists of Delinquency», en Cullen, F. T., y Wilcox, P., *The Oxford Handbook of Criminological Theory*, Oxford University Press, New York, 2013.
- DECAMP, W., «Internet Scallywags: A Comparative Analysis of Multiple Forms and Measurements of Digital Piracy», en *Western Criminology Review*, 2009.
- EDWARDS, T., y Bossler, A., «Criminology's contribution to the study of digital piracy», en Caldwell Brown, S., y Holtd, T. J. (EDS.), *Digital Piracy. A Global, multidisciplinary Account*, Routledge, London, 2018.
- FOGEL, J., y Nehmand, E., «Internet social network communities: Risk taking, trust, and privacy concerns», en *Computers in Human Behavior*, vol. 25, núm. 1, 2009.

- GARCÍA-VALERO, F., KAZIMIERCZAK, M., ARIAS BURGOS, C., WAJSMAN, N., *Trends in Digital Copyright Infringement in The European Union Report*, 2019. Disponible en: https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/online-copyright-infringement-in-eu/2021_online_copyright_infringement_in_eu_en.pdf.
- GÓMEZ-BELLVÍS, A. B., y MIRÓ-LLINARES, F., «¿Por qué descargamos contenidos sin autorización en Internet? Un estudio exploratorio de los factores asociados al incumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual en el ciberespacio», en FUENTE SORIANO (DIR.), *Era digital, Sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GOTTFREDSON, M. R., y HIRSCHI, T., *A General Theory of Crime*, Stanford University Press, Standford, 1990.
- GRASMICK, H. G., TITTLE, C. R., BURSIK, R. J., y ARNEKLEV, B. J., «Testing the core empirical implications of Gottfredson and Hirschi's general theory of crime», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 30, núm. 1, 1993.
- HASHIM, M. J., KANNAN, K. N., y WEGENER, D. T., «Central role of moral obligations in determining intentions to engage in digital piracy», en *Journal of Management Information Systems*, vol. 35, núm. 3, 2018.
- HEIMER, K., «Changes in the gender gap in crime and women's economic marginalization», en *Criminal Justice 2000. The Nature of Crime: Continuity and Change*, United States Department of Justice, Office of Justice Programs, Washington DC, 2000.
- HEIMER, K., LAURITSEN, J. L., y LYNCH, J. P., «The national Crime Victimization Survey and the Gender Gap in Offending: redux», en *Criminology*, vol. 47, núm. 2, 2009.
- HEIMER, K., y DECOSTER, S., «The gendering of violent delinquency», en *Criminology*, vol. 37, 1999.
- HERBERT, S., *Digital development and digital gender gap*. Helpdesk Report. 2017, p. 4. Disponible en: <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/13455/249%20Digital%20development>

[%20and%20the%20digital%20gender%20gap.pdf?sequence=1.](#)

- HIGGINS, G. E., «Gender Differences in Software Piracy: The Mediating Roles of Self-Control Theory and Social Learning Theory», en *Journal of Economic Crime Management*, vol. 4, núm. 1, 2006.
- HIGGINS, G. E., «Understanding Digital Piracy Using social Networks: An Integrated Theory Approach», en MARCUM, C. D., y HIGGINS, G. E. (EDS.), *Social networking as a Criminal Enterprise*, CRC Press, New York, 2014.
- HIGGINS, G. E., WILSON, A. L., y FELL, B. D., «An application of deterrence theory to software piracy», en *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, vol. 12, 2005.
- HIGGINS, G. E., WOLFE, S. E., y MARCUM, C. D., «Digital piracy: An examination of three measurements of self-control», en *Deviant Behavior*, vol. 29, núm. 5, 2008.
- HIGGINS, G. E., y MAKIN, D. A., «Does social learning theory condition the effects of low self-control on college students' software piracy», en *Journal of Economic Crime Management*, vol. 2, núm. 2, 2004.
- HIGGINS, G. E., y MAKIN, D. A., «Self-control, deviant peers, and software piracy», en *Psychological Reports*, vol. 95, núm. 3, 2004.
- HINDUJA, S., «Neutralization theory and online software piracy: An empirical analysis», en *Ethics and Information Technology*, vol. 9, núm. 3, 2007.
- HINDUJA, S., «Neutralization theory and online software piracy: An empirical analysis», *Ethics and Information Technology*, vol. 9, núm. 3, 2007.
- HINDUJA, S., «Trends and patterns among online software pirates», en *Ethics and Information Technology*, núm. 45, 2003.
- HINDUJA, S., e INGRAM, J. R., «Social learning theory and music piracy: the differential role of online and offline peer influences», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009.

- HOLLINGER, R. C., «Crime by computer: Correlates of software piracy and unauthorized account access», en *Security Journal*, vol. 4, núm. 1, 1993.
- HOLT, T. J., BOSSLER, A. M., y MAY, D. C., «Low self-control, deviant peer associations, and juvenile cyberdeviance», en *American Journal of Criminal Justice*, vol. 37, núm. 3, 2012.
- HOLT, T. J., y MORRIS, R. G., «An exploration of the relationship between MP3 player ownership and digital piracy», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009.
- HUTCHINGS, A., y CHUA, Y. T., «Gendering cybercrime», en Holt, T. y Bossler, A. M. (Eds.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave, 2019, doi.org/10.1007/978-3-319-90307-1_44-1
- IMHOF, M., VOLLMEYER, R., y BEIERLEIN, C., «Computer use and the gender gap: The issue of access, use, motivation, and performance», en *Computers in Human Behavior*, vol. 23, núm. 6, 2007.
- IVIR, *Global Online Piracy Study*, University of Amsterdam, Amsterdam, 2018. Disponible en: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Global-Online-Piracy-Study.pdf>.
- JENNINGS, K., y BOSSLER, A. M., «Digital Piracy», en Holt, T., y Bossler, A. M. (Eds.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, 2019, doi.org/10.1007/978-3-319-90307-1_44-1.
- KRUTTSCHNITT, C., «Gender and Crime», en *Annual Review of Sociology*, núm. 29, 2013.
- LEE, B., PAEK, S. Y., y FENOFF, R., «Factors associated with digital piracy among early adolescents», en *Children and youth Services Review*, vol. 86, 2018.
- LI, N., y KIRKUP, G., «Gender and cultural differences in Internet Use: A Study of China and the Uk», en *Computers & Education*, vol. 48, núm. 2, 2007.
- MOFFIT, T., ET AL., *Sex differences in antisocial behavior. Conduct disorder, delinquency, and violence in the Dunedin longitudinal study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

- MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender in predicting the willingness to engage in digital piracy among college students», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009.
- MORRIS, R. G., JOHNSON, M. C., y HIGGINS, G. E., «The role of gender in predicting the willingness to engage in digital piracy among college students», en *Criminal Justice Studies*, vol. 22, núm. 4, 2009.
- MORRIS, R. G., y HIGGINS, G. E., «Criminological theory in the digital age: The case of social learning theory and digital piracy», en *Journal of Criminal Justice*, vol. 38, núm. 4, 2010.
- NEISSL, K., BOTCHKOVAR, E. V., ANTONACCIO, O., y HUGHES, L. A., «Rational Choice and the Gender Gap in Crime: Establishing the Generality of Rational Choice Theory in Russia and Ukraine», en *Justice Quarterly*, vol. 36, núm. 6, 2019.
- NODELAND, B., y MORRIS, R., «A test of social learning theory and self-control on cyber offending», en *Deviant Behavior*, vol. 41, núm. 1, 2020.
- NODELAND, B., y MORRIS, R., «A Test of Social Learning Theory and Self-Control on Cyber Offending», en *Deviant Behavior*, 2018, <https://doi.org/10.1080/01639625.2018.1519135>.
- ODELL, P. M., KORGEN, K. O., SCHUMACHER, P., y DELUCCHI, M., «Internet Use Among Female and Male College Students», en *CyberPsychology & Behavior*, vol. 3, núm. 5, 2000.
- PÉREZ-DOMÍNGUEZ, S., CASTRO-TOLEDO, F. J., y MIRÓ LLINARES, F., «Prevalencia, factores asociados y diferencias de género en el cumplimiento de la propiedad intelectual: una revisión sistemática», en *Revista Electrónica de Criminología*, núm. 2, 2019.
- REALPE QUINTERO, M. F., y SERRANO MAÍLLO, A., «La brecha de género en la criminalidad. Un test de la teoría del poder-control mediante modelos de ecuaciones estructurales con datos del Estudio de Delincuencia Juvenil de Cali», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 18-21, 2016.

- SÁNCHEZ, M. N., «La mujer en la teoría criminológica», en *La Ventana*, núm. 20, 2004.
- SANHI, S. P., Y GUPTA., I., *Piracy in the Digital Era. Psychosocial, Criminological and Cultural Factors*, Springer, Singapore, 2019.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., «Criminalidad organizada y género. ¿Hacia una redefinición del papel de la mujer en el seno de las organizaciones criminales?», en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2010.
- SCHNELL, B. H., y DODGE, J. L., *The Hacking of America: Who's Doing It, Why and How*, Quorum Boos, Westport, 2002.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina. Un estudio sobre tendencia, control y prevención diferenciales desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SIMON, R., *Women and crime*, Lexington Books, Lexington, 1975.
- SIMPSON, S. S., *Corporate crime, law, and social control*, Cambridge University Press, New York, 2002.
- SMALLRIDGE, J. L., y ROBERTS, J. R., «Crime Specific Neutralizations: An Empirical Examination of Four Types of Digital Piracy», en *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 7, núm. 2, 2013.
- SMITH, D. A., y PATERNOSTER, R., «The gender gap in theories of deviance: Issues and evidence», en *Journal of Resarch in Crime and Delinquency*, vol. 24, núm. 2, 1987.
- STEFFENSMEIER, D., y ALLAN, E., «Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending», en *Annual Review of Sociology*, vol. 22, 1996.
- TURGEMAN-GOLDSCHMIDT, O., «Hackers Accounts: Hacking as a social entertainment», en *Social Science Computer Review*, núm. 23, 2005.
- UDRIS, R., «Cyber Deviance among Adolescents and the Role of Family, School, and Neighborhood: A Cross-National Study», en *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 10, núm. 2, 2016.
- VAN ROOIJ, B., FINE, A., ZHANG, Y, y WU., Y., «Comparative compliance: digital piracy, deterrence, social norms, and

- duty in China and the United States», en *Law & Policy*, vol. 39, núm. 1, 2017.
- WASSERMAN, I. M., y RICHMOND-ABBOTT, M., «Gender and the Internet: Causes of Variation in Access, Level, and Scope of use», en *Social Science Quarterly*, vol. 86, núm. 1, 2005.
- WEERMAN, F. M., BERNASCO, W., BRUINSMA, G. J. N., y PAUWELS, L. J. R., «Gender Differences in Delinquency and Situational Action Theory: A Partial Test», en *Justice Quarterly*, 2015, <http://dx.doi.org/10.1080/07418825.2015.1064987>.
- WOLFE, S. E., HIGGINS, G. E., y MARCUM, C. D., «Deterrence and digital piracy: A preliminary examination of the role of viruses», *Social Science Computer Review*, vol. 26, núm. 3, 2008.
- WOLFE, S. E., y HIGGINS, G. E., «Explaining deviant peers associations: An examination of low self-control, ethical predispositions, definitions, and digital piracy», en *Western Criminology Review*, vol. 10, núm. 1, 2009.

CAPÍTULO VIII

ESTUDIO 3

- AGUILAR GARCÍA, M. A. (DIR.), GÓMEZ MARTÍN, V., MARQUINA BERTRÁN, M., DE ROSA PALACIO, M., TAMARIT, J. M., y AGUILAR GARCÍA, M. A., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015.
- ALASTUEY DOBÓN, C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Electronic Journal of Criminal Science and Criminology*, RECPC 18-14, 2016.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Cocinar cristos y quemar coranes. Identidad religiosa y Derecho penal», en MIRÓ LLINARES, F. (DIR.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal*

- ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- BALKIN, J. M., «Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation», en *University of California, Davis Law Review*, vol. 51, 2017.
- BARNIDGE, M., HUBER, B., DE ZÚÑIGA, H. G., y LIU, J. H., «Social Media as a Sphere for "Risky" Political Expression: A Twenty-Country Multilevel Comparative Analysis», en *The International Journal of Press/Politics*, vol. 23, 2018.
- BAUTISTA ORTUÑO, R., CASTRO-TOLEDO, F. J., PEREA-GARCÍA, J. O., y RODRÍGUEZ-GÓMEZ, N., «May I offend you? An experimental study on perceived offensiveness in online violent communication and hate speech», en *International E-Journal of Criminal Sciences*, no. 12, 2018.
- BEA, D. C., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, no. 41, 2019.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., «El enaltecimiento DEL terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del "discurso DEL odio"», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 16, 2016.
- BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», en *Revista de Estudios Políticos*, No. 173, 2016.
- BRODE, L., VRAGA, E., K., BORAH, P., y SHAH, D. V., «A New Space for Political Behavior: Political Social Networking and its Democratic Consequences», en *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 19, 2014.
- CANES-WRONE, B., y DORF, M. C., «Measuring the Chilling Effect», en *New York University Law Review*, vol. 90, 2015.
- CARBONELL MATEU, J. C. «Crisis del garantismo penal y el papel de los penalistas», en VV.AA., *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018.
- CARMONA SALGADO, C. , «Los delitos de expresión ante la reforma del proyecto de ley orgánica de Código Penal de

- 1992», en AA. VV, *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- CHEN, H. T., «Spiral of silence on social media and the moderating role of disagreement and publicness in the network: Analyzing expressive and withdrawal behaviors», en *New Media & Society*, vol. 20, 2018.
- CIALDINI, R. B., y GOLDSTEIN, N. J., «Social influence: Compliance and conformity», en *Annual Review of Psychology*, vol. 55, 2004.
- CORRECHER MIRA, J., «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», en *Diario La Ley*, núm. 9600, 2020.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», en *Revista General de Derecho Penal*, no. 8, 2007.
- DAS, S., y KRAMER, A., «Self-Censorship on Facebook», Disponible en: <https://www.aaai.org/ocs/index.php/ICWSM/ICWSM13/paper/viewFile/6093/6350>,
- DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado "chilling effect" o "efecto desaliento"», en *Revista de Estudios Políticos*, No. 122, 2003.
- DUSEK, L., y TRAXLER, C., «Learning from Law Enforcement», en *cesifo Working Papers*, 8043, 2020.
- GALÁN MUÑOZ, A., «El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018.
- GEARHART, S., y ZHANG, W., «Was It Something I said?" "No, It Was Something You Posted! A Study of the Spiral of Silence Theory in Social Media Contexts"», en *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, vol. 18, núm. 4, 2015.

- GIANNONE, D., «Political and Ideological Aspects in the Measurement of Democracy: The Freedom House Case», in *Democratization*, vol. 17, 2010.
- GILLESPIE, T., *Custodians of the Internet. Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, Yale University Press, New Haven & London, 2018.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Discurso del odio y principio del hecho» en MIR PUIG, S., y CORCOY BIDASOLO, M., *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 20, 2018.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- HAYES, A. F., «Exploring the Forms of Self-Censorship: on the Spiral of Silence an the Use of Opinion Expression Avoidance Strategies», en *Journal of Communication*, vol. 57, 2007.
- HAYES, A. F., SCHEUFELE, D. A., y HUGE, M. E., «Nonparticipation as Self-Censorship: Publicly Observable Political Activity in a Polarized Opinion Climate», en *Political Behavior*, vol. 28, núm.3, 2006.
- HOFFMANN, C. P., y LUTZ, C., «Spiral of Silence 2.9: Political Self-Censorship among Young Facebook Users», 2017. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Christoph_Lutz/publication/318475350_Spiral_of_Silence_20_Political_Self-Censorship_among_Young_Facebook_Users/links/59d77016458515db19cb99e6/Spiral-of-Silence-20-Political-Self-Censorship-among-Young-Facebook-Users.pdf

- JACKSON, B. F., «Censorship and Freedom of Expression in the Age of Facebook», en *New Mexico Law Review*, vol. 44, 2014.
- KLONKICK, K., «The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech», in *Harvard Law Review*, vol. 131, 2017.
- KWON, K. H., MOON, S. I., y STEFANONE, A., «Unspeakable on Facebook? Testing network effects on self-censorship of political expressions in social network sites», en *Qual Quant*, Springer, 2014.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 7, 2012.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Everything at once: limitation of expression and lack of protection of one's honour», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, no. 26, 2017.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, No. 19, 1996.
- MIRÓ LLINARES, F. (ED.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- MIRÓ LLINARES, F., «Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exegesis restrictiva de los delitos de expresión», in Miró Llinares, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas "ofensivas". A propósito del debate anglosajón sobre los "límites morales" del Derecho penal», in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-23, 2015.
- MIRÓ LLINARES, F., «La detección de discurso radical en Internet. Aproximación, encuadre y propuesta de mejora de los análisis de Big Data desde un enfoque de Smart Data

- criminológico», en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L., y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (DIRS.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MIRÓ LLINARES, F., «Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos “César Strawberry” y “Cassandra Vera”», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I., y RÍOS CORBACHO, J. M. (COORDS.), *Liber amicorum: Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan María Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- NOELLE-NEUMANN, E., *The Spiral of Silence. Public opinion – our social skin*, The University of Chicago Press, 1993.
- PENNEY, J. W., «Internet surveillance, regulation, and chilling effects online: a comparative case study», en *Internet Policy Review. Journal on internet regulation*, vol. 6, 2017.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», en MIRÓ LLINARES, F. (DIR.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- PRESNO LINERA, M. Á., y TERUEL LOZANO, G. M., *La libertad de expresión en América y Europa*, Editorial Juruá, Lisboa, 2017.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 21, 2019.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 12, 2014.
- ROLLNERT LIERN, G., «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», en *Revista de Derecho Político*, No. 17, 2008.

- ROLLNERT, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 115, 2019.
- ROLLNERT, G., «Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2020.
- SCHAUER, F., «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"», en *Boston University Law Review*, vol. 58, 1978.
- SCHULTZ, D., y VILE, J. R. (EDS.), *The Encyclopedia of Civil Liberties in America*, Volume One, Sharpe Reference, 2005.
- SLEEPER, M., BALEBAKO, R., DAS, S., MCCONAHY, A. L., WIESE, J., y CRANOR, L. F., «The Post that Wasn't: Exploring Self-Censorship on Facebook», en *Proceedings of the 2013 conference on Computer supported cooperative work*, 2013.
- STEINER, N. D. Comparing Freedom House Democracy Scores to Alternative Indices and Testing for Political Bias: Are US Allies Rated as More Democratic by Freedom House, en *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, vol. 18, 2016.
- STJERNFELT, F., y METTE LAURITZEN, A., *Your Post has been removed. Tech Giants and Freedom of Speech*, Springer Open, 2020.
- STOYCHEFF, E., «Under Surveillance: Examining Facebook's Spiral of Silence Effects in the Wake of NSA Internet Monitoring», en *Journalism & Mass Communication Quarterly*, vol. 93, 2016.
- TERUEL LOZANO, G. M., «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, no. 12, 2017.
- TERUEL LOZANO, G., «La libertad de expresión frente a los delitos de negcionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal», en *Indret*, no. 4, 2015.
- TWONEND, J., «Freedom of expression and the chilling effect», en *The Routledge Companion to Media an Human Rights*, 2017.
- VASQUEZ, I., y PORNIK, T., *The Human Freedom Index 2019. A Global Measurement of Personal, Civil and Economic Freedom*,

2019. Disponible en:
<https://www.cato.org/sites/cato.org/files/human-freedom-index-files/2019-human-freedom-index-update-2.pdf>

ZULETA, L., y BURKAL, R., *Hate Speech in the Public Online debate*, The Danish Institute for Human Rights, Denmark, 2017.

ESTUDIO 4

ALONSO RIMO, A., «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP), en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 10, 2003.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Las desobediencias en Derecho Penal», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y CARRASCO ANDRINO, M. M., «Orden público, principio de autoridad y función pública», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. ES. (COORS.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018.

AMOEDO-SOUTO, C. A., «La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma. Del “Fast an Furious” al “Jurassic Park”», 2020. Disponible en: <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2775-La-genealogia-autoritaria-del-regimen-sancionador-del-estado.aspx>

BOGG, T., y MILAD, E., «Slowing the Spread of COVID-19: Demographic, Personality, and Social Cognition Predictors of Guideline Adherence in a Representative US Sample, 2020. Preprint disponible en: [10.31234/osf.io/yc2gq](https://doi.org/10.31234/osf.io/yc2gq)

BROUARD, S., VASILOPOULOS, P., y BECHER, M., «Sociodemographic and psychological correlates of

- compliance with the Covid-19 public health measures in France», en *Canadian Journal of Political Science*, vol. 53, núm. 2, 2020.
- CARRETERO SÁNCHEZ, A., «El delito de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad y sus agentes tras la reforma del Código Penal», en *La Ley*, núm. 7745, 2015.
- CASTRO-TOLEDO, F. J., «Obediencia a la ley y apoyo al sistema de justicia penal en colectivos vulnerables: semejanzas y diferencias con la población general», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 2019.
- CIALDINI, R. B., DEMAINE, L. J., SAGARIN, B. J., BARRETT, D. W., RHOADS, K., y WINTER, P. L., «Managing social norms for persuasive impact», en *Social Influence*, vol. 1, núm. 1, 2006.
- CIALDINI, R. B., y GOLDSTEIN, N. J., «Social influence: compliance and conformity», en *Annual Review of Psychology*, vol. 55, 2004.
- COLOMER BEA D., «Delito de desobediencia e incumplimiento de la prohibición de circular sin causa justificada durante el estado de alarma», en *Diario La Ley*, núm. 9629, 2020.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Atentados y resistencia (arts. 550 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DAOUST, J. F., NADEAU, R., DASSONNEVILLE, R., LACHAPELLE, E., BÉLANGER, E., SAVOIE, J., y LINDEN, C., «How to survey citizen's compliance with COVID-19 public health measures? Evidences from three survey experiments», 2020. Preprint disponible en: <https://osf.io/preprints/socarxiv/gursd/>
- DE LA FUENTE CARDONA, F. S., «Proporcionalidad penal: a propósito de la desobediencia leve y de la falta de respeto y consideración debida a la autoridad», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 37, 2018.
- DE LA MATA BARRANCO, N., «¿Delito de desobediencia por incumplimiento reiterado de una norma administrativa?», en *Almacén de Derecho*, 9 de abril, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/delito->

[de-desobediencia-por-incumplimiento-reiterado-de-una-norma-administrativa/](#)

- DOPICO-GÓMEZ-ALLER, J., «¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del Código Penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?», en BRITO SISO, C., y MAROTO CALATAYUD, M. (EDS.), *Guías sectoriales Covid-19. Sección de Derechos Humanos*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020. Disponible en: <https://web.icam.es/bucket/Guia%20DDHH.pdf>
- DUSEK, L., y TRAXLER, C., «Learning from Law Enforcement», en *CESifo Working Paper*, núm. 8043, 2020.
- EVERETT, J. A., C., COLOMBATTO, C., CHITUC, V., BRADY, W. J., y CROCKETT, M. J., «[The effectiveness of moral messages on public health behavioral intentions during the COVID-19 pandemic](#)», 2020. Preprint disponible en: <https://psyarxiv.com/9yqs8>
- FAGAN, J., y TYLER, T. R., «Legal socialization of children and adolescents», en *Soc. Justice. Res.*, vol. 18, núm. 3, 2005.
- GARCÍA RIVAS, N., «Delitos de atentado, resistencia y desobediencia», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- GOLDSTEIN, N. J., CIALDINI, R. B., y GRISKEVICIUS, V., «A room with a viewpoint: using social norms to motivate environmental conservation in hotels», en *Journal of Consumer Research*, vol. 35, 2008.
- [GRAHAM-HARRISON, E., y KUO, L., «China's coronavirus lowkdown strategy: Brutal but effective](#)», en *The Guardian*, vol. 19, 2020.
- GRAHAM, A., CULLEN, F. T., PICKETT, J. T., JONSON, C. L., HANER, M., y SLOAN, M. M., «Faith in Trump, Moral Foundations and Social Distancing Defiance During the Coronavirus Pandemic», 2020, p. 2. Preprint disponible en: <https://osf.io/preprints/socarxiv/fudzq>
- GREENSTONE, M., y NIGAM, V., «Does Social Distancing Matter?», 2020. Preprint disponible en:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561244

- HARPER, C. A., SATCHELL, L. P., FIDO, D., y LATZMAN, R. D., «Functional Fear Predicts Public Health Compliance in the COVID-19 Pandemic, en *International Journal of Mental Health and Addiction*, 2020. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11469-020-00281-5.pdf>
- JACKSON, J., POSCH, K., BRANDFORD, B., HOBSON, Z., y KYPRIANIDES, A., «The lockdown and social norms: why the UK is complying by consent rather than compulsión», en *British Policy and Politics*, Blog Entry, 27 abril, 2020.
- JUANATEY DORADO, C., «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, 2016.
- KOOISTRA, E. B., FOLMER, C. R., KUIPER, M. E., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «Mitigating COVID-19 in a Nationally Representative UK Sample: Personal Abilities and Obligation to Obey the Law Shape Compliance with Mitigation Measures», 2020. Preprint disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3598221.
- KUIPER, M. E., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., OLTHUIS, E., BROWNLEE, M., KOOISTRA, E. B., FINE, A., VAN ROOIJ, B., «The intelligent lockdown: Compliance with COVID-19 mitigation measures in the Netherlands», 2020. Preprint Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3598215> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3598215>.
- KUSHNER GADARIAN, S. S., GOODMAN, W., y PEPINSKY, T. B., «Partisanship, health behavior, and policy attitudes in the early states of the COVID-19 pandemic, 2020. Preprint disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562796

- LÓPEZ RIBA, J. M., «La gestión policial de la crisis sanitaria», en *Contexto y Acción*, 1 de abril de 2020. Disponible en: <https://ctxt.es/es/20200401/Politica/31731/Jose-Maria-Lopez-Riba-policia-coronavirus-confinamiento-estado-alarma.htm>
- LUNN, P. D., TIMMONS, S., BELTON, C. A., BARJAKOVÁ, M., JULIENNE, H., y LAVIN, C., «Motivating Social Distancing During the COVID-18 Pandemic: An Online Experiment», 2020. Disponible en: <https://www.esri.ie/pubs/WP658.pdf>
- MAGRO SERVET, V., «El reproche penal a los actos de desobediencia a agentes de la autoridad en el período de Estado de Alarma por el Cornoavirus», en *Diario La Ley*, núm. 9604, 2020.
- MEDINA, J. J., «Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en Espala», en *Revista Electrónica de Ciencia y Criminología*, 05-03, 2003.
- NAGIN, D. S., y TELEP. C. W., «Procedural justice and legal compliance», en *Annual Review of Law and Social Sciences*, vol. 13, 2017.
- NIVETTE, A., RIBEAUD, D., MURRAY, A., STEINHOFF, A., BECHTIGER, L., HEPP, U., SHANAHAN, L., y EISNER, M., «Non-compliance with COVID-19 related public health measures among young adulst: Insights from a longitudinal cohort study», 2020. Preprint disponible en: <https://osf.io/preprints/socarxiv/8edbj/>
- PLOHL, N., y MUSIL, B., «Modeling compliance with COVID-19 prevention guidelines: The critical role of trust in science, 2020. Preprint disponible en: <https://psyarxiv.com/6a2cx/>
- PRESNO LINERA, M. A., «Estado de alarma y derechos fundamentales», en BRITO SISO, C., y MAROTO CALATAYUD, M. (EDS.), *Guías sectoriales Covid-19. Sección de Derechos Humanos*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2020. Disponible en: <https://web.icam.es/bucket/Guia%20DDHH.pdf>
- REDONDO ILLESCAS, S., y GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios de Criminología* (4ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- ROBINSON, P. H., GOODWIN, G. P., y REISIG, M. D., «The disutility of injustice», en *NYUL Rev*, vol. 85, 2010.
- TRINKER, R., y TYLER, T. R., «Legal socialization: Coercion versus consent in an era of mistrust», en *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 13, 2016.
- TYLER, T. R., «Procedural justice and policing: A rush to judgment?», en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 13, 2017.
- TYLER, T. R., «Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law», en *Crime and Justice*, vol. 30, 2003.
- VAN ROOIJ, B., DE BRUIJN, A. L., FOLMER, C. R., KOOISTRA, E., KUIPER, M. E., BROWNLEE, M., OLTHUIS, E., y FINE, A., «Compliance with COVID-19 Mitigation Measures in the United States», 2020. Preprint disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3582626
- WILDER-SMITH, A., y FREEDMAN, D. O., «Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak», en *Journal of Travel Medicine*, 2020. DOI:10.1093/jtm/taaa020.

CAPÍTULO IX

ESTUDIO 5

- AL-RAFEE, S., and ROUIBAH, K., «The fight against digital piracy: An experiment», en *Telematics and Informatics*, vol. 27, num. 3, 2006.
- AL-RAFEE, S., and ROUIBAH, K., «The fight against digital piracy: An experiment», in *Telematics, and Informatics*, vol. 27, num. 3, 2010.
- APEL, R., and NAGIN, D. S., «Perceptual Deterrence», in TONRY, M. (Ed.), *The Oxford Handbook of offender decision making*, Oxford University Pres, New York, 2017.
- ARNOLD, M., DARMON, E., DEJEAN, S., and PENARD, T., «Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three Strike (Hadopi) Law», 2014. Available at:
<https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.468.948&rep=rep1&type=pdf>
- BOSSLER, A. M., «Perceived Formal and Informal Sanctions in Detering Cybercrime in a College Sample», in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 37, 2021.
- CHOUDHURY, P., and YADAV, S., «Online Piracy and Intellectual Property Laws: A Synthesis», in *International Journal of Law Management & Humanities*, vol. 5, 2022.
- EDWARDS, T. and BOSSLER, A., «Criminology's contribution to the study of digital piracy», in BROWN, S. C., y HOTL, T. J. (EDS.), *Digital Piracy. A global, multidisciplinary account* (pp. 229-249), Routledge, New York, 2019.
- GUNTER, W. D., «Internet scallywags: A comparative analysis of multiple forms and measurements of digital piracy», in *Western Criminology Review*, vol. 10, 2009.
- HIGGINS, G. E., WOLFE, S. E., and MARCUM, C. D., «Digital piracy: An examination of three measurements of self-control», in *Deviant Behavior*, vol. 29, 2008.
- HOLT, T. J., and BOSSLER, A. M., *Crime sciences series: Cybercrime in Progress: Theory and Prevention of Techonology-enabled offences*, Routledge, New York, 2016.

- HOLT, T. J., and COPES, H., «Transferring subcultural knowledge online: Practices and beliefs of persistent digital pirates», in *Deviant Behavior*, vol. 31, 2010.
- JAIN, S., «Digital Piracy: A Competitive Analysis», in *Marketing Science*, vol. 27, num. 4, 2008.
- JENNINGS, K., and BOSSLER, A. M., «Digital Piracy», in HOLT, T., and BOSSLER, A. M. (EDS.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance* (pp. 1-22), Palgrave Macmillan, Cham, 2019.
- JUGOVIC, S. D., «Piracy is Back: Piracy Statistics for 2022», in *DataProt*, 2022. Available at: <https://dataprot.net/statistics/piracy-statistics/#:~:text=Mobile%20piracy%20is%20on%20the,mobile%20devices%20to%20do%20so.&text=While%20desktop%20devices%20used%20to,music%20content%20via%20mobile%20devices>.
- KARIITHI, N. K., «Is the devil in the data? A literature review of piracy around the world», in *The Journal of World Intellectual Property*, num. 14, 2011.
- KIGERL, A. C., «Infringing nations: Predicting software piracy rates, BitTorrent tracker hosting, and P2P file sharing client downloads between countries», in *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 7, 2013.
- KOSTER, A., «Fighting Internet Piracy: The French Experience With the Hadopi Law», in *International Journal of Management & Information*, vol. 10, num. 2, 2012.
- LEE, B., JEONG, S., and PAEK, J. Y., «Determinants of digital piracy using deterrence, social learning and neutralization perspectives», in *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 43, num. 4, 2019.
- LEE, B., PAEK, S. Y., and FENOFF, R., «Factors associated with digital piracy among early adolescents», in *Children and Youth Services Review*, vol. 86, 2018.
- MAIMON, D., «Deterrence in Cyberspace: An Interdisciplinary Review of the Empirical Literature», en *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, 2020.

- NAGIN, D. S., «Deterrence and incapacitation», in TONRY, M. (ED.), *Oxford Handbook of Crime and Punishment*, Oxford University Press, New York, 1998.
- PIQUERO, A. R., «Beyond Stafford and Warr's reconceptualization of deterrence: Personal and vicarious experiences, impulsivity, and offending behavior», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 39, 2002.
- PIQUERO, N. L., «Causes and prevention of intellectual property crime», in ALBANESE, J. S. (ED.), *Intellectual Property Theft and Fraud. Combating Piracy* (pp. 45-72), Transaction Publishers, New Jersey, 2011.
- PIQUERO, N. L., «Causes and prevention of intellectual property crime», in *Trends in Organized Crime*, vol. 8, num. 4, 2005.
- PIQUERO, N. L., KANVINDE, V., and SANDERS, W., «Factorial surveys and crime vignettes», in VAN ROOIJ, B., and SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance* (pp. 773-779), Cambridge University Press, New York, 2022.
- RYAN, C. L., and LEWIS, J. M., *Computer and internet use in the United States*, US Department of Commerce, Economics, and Statistics Administration, Washington DC, 2017.
- SHERIZEN, S., «Can computer crime be deterred? », in *Security Journal*, vol. 6, 1995.
- TASSONE, T., «Mass file sharing lawsuits: Legalized extortion or valid defense of copyright», en *Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet*, vol. 3, num.2, 2012.
- TAYLOR, S. A., «Evaluating digital piracy intentions on behaviors», en *Journal of Services Marketing*, vol. 26, num. 7, 2012.
- UDRIS, R., «Cyber Deviance among Adolescents and the Role of Family, School, and Neighborhood: A Cross-National Study», in *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 10, 2016.
- VAN ROOIJ, B., FINE, A., ZHANG, Y., and WU, Y., «Comparative compliance: Digital piracy, deterrence, social norms, and duty in China and the United States», in *Law & Policy*, vol. 30, num. 1, 2017.

- VILLAROEL, L., *Piracy: Current trends and non-legislative measures to counteract it*, 2010. Report available at: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187965_eng
- WILHELM, C., «Investigating Neutralization Strategies in Digital Piracy: The Role of Content Preferences and Social Norms», in *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, vol. 64, num. 2, 2020.
- WRIGHT, B. R., CASPI, A., MOFFIT, T. E., and PATERNOSTER, R., «Does the perceived risk of punishment deter criminally prone individuals? Rational choice, self-control, and crime», in *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 41, num. 2, 2004.

ESTUDIO 6

- ALASTUEY DOBÓN, M. C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 18-14, 2016.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Ideas execrables», en QUERALT JIMÉNEZ, J., y CARDENAL MONTRAVETA, S. (DIRS.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022.
- ALCÁCER GUIRAO, R., *La Libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- BEDI, S., «The Myth of the Chilling Effect», en *Kelley School of Business Research Paper*, 2021.
- BOUFFARD, L., y PIQUERO, N. L., «Defiance theory and life course explanations of persistent offending», en *Crime & Delinquency*, vol. 56, núm. 2, 2008.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Crisis del garantismo penal y el papel de los penalistas», en SUÁREZ LÓPEZ, J. M., BARQUÍN SANZA, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., y SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. (COORS.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la

- actuación del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 18, 1995.
- CIALDINI, R. B., y GOLDSTEIN, N. J., «Social influence: compliance and conformity», en *Annual Review of Psychology*, vol. 55, 2004.
- CORRECHER MIRA, J., «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre la libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», en *Diario La Ley*, núm. 9600, 2020.
- CORRECHER MIRA, J., «Discurso del odio y minorías: Redefiniendo la libertad de expresión», en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 28, 2020.
- CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2021.
- CORRECHER MIRA, J., «Límites penales a la libertad de expresión. Sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2019.
- DEPOORTER, B., VAN HIEL, A., y VANNESTER, S., «Copyright backlash», en *Southern California law Review*, vol. 84, núm. 6, 2011..
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «El segundo “ caso Pablo Hásel”», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 20, 2021.
- DOWNS, D. M., y COWAN, G., «Predicting the importance of freedom of speech and the perceived harm of hate speech», en *Journal of applied social psychology*, vol. 42, núm. 6, 2012.
- FREEMAN, J., LIOSSIS, P., y DAVID, N., «Deterrence, Defiance and Deviance: An Investigation Into a Group of Recidivist Drink Drivers’ Self-Reported Offending Behaviours», en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 39, 2006.
- GALÁN MUÑOZ, A., «Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», en *Revista Penal*, núm. 46, 2020.

- GALÁN MUÑOZ, A., «El delito de enaltecimiento terrorista: ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Daño, ofensa y discurso del odio», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Revista de Filosofía Jurídica y Política*, núm. 1, 2021.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Delictes d'odi a Twitter i Facebook: els casos de Cassandra Vera i César Strawberry», en *Món Jurídic: Revista de l'Il.lustre Col.legi d l'Advocacia de Barcelona*, núm. 313, 2017.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Los delitos de odio en las redes sociales», en *Economist & Jurist*, vol. 25, núm. 213, 2017.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018.
- HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., y WOHLERS, W. (EDS.), *Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- KOCHANSKA, G., AKSAN, N., y KOENIG, A. L., «A longitudinal study of the roots of preschoolers' conscience: Comitted compliance and emerging internalization», en *Child Development*, vol. 66, núm. 6, 1995.
- KRASKA, P. B., BRENT, J. J., y NEUMAN, W. L., *Criminal justice and criminology research methods*, Routledge, 2020.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expresión», en QUERALT JIMÉNEZ, J. J., y CARDENAL MONTRAVETA, S. (DIRS.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022.
- LEROCH, M. A., «Punishment as Defiance: Deterrence and Perverse Effects in the Case of Expressive Crime», en *CESifo Economic Studies*, núm. 60, 2014.
- LINDNER, N. M., y NOSEK, B., «Alienable speech: Ideological variations in the applications of free-speech principles», en *Political Psychology*, vol. 30, 2009.

- MAXFIELD, M. G., y BABBIE, E. R., *Research methods for criminal justice and criminology*, Cengage Learning, 2014.
- MIRA BENAVENT, J., «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo», en PORTILLA CONTRERAS, G., y PÉREZ CEPEDA, A. I. (DIRS.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1993.
- NOELLE-NEUMANN, E., «The spiral of silence: A theory of public opinion», en *Journal of Communication*, vol. 24, núm.2, 1974.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 36, 2021.
- OPP, K. D., «The Economics of Crime and the Sociology of Deviant Behaviour: a Theoretical Confrontation of Basic Propositions», en *Kylos*, vol. 42, 1989.
- PATERNOSTER, R., y PIQUERO, A., «Reconceptualizing deterrence: An empirical test of personal and vicarious experiences», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 32, núm. 3, 1995.
- PIQUERO, A., y PATERNOSTER, R., «An application of Stafford and Warr's reconceptualization of deterrence to drinking and driving», en *Journal of research in Crime and Delinquency*, vol. 35, 1998.
- PIQUERO, A., y POGARSKY, G., «Beyond Stafford and Warr's reconceptualization of deterrence: Personal and vicarious experiences, impulsivity, and offending behavior», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 39, núm. 2, 2002.
- PIQUERO, N. L., KANVINDE, V., y SANDERS, W., «Factorial Surveys and Crime Vignettes», en VAN ROOIJ, B., y SOKOL, D. D. (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, New York, 2020.

- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., y CARDENAL MONTRAVETA, S. (DIRS.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación del actual art. 510 en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014.
- ROIG TORRES, M., «El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021.
- ROLLNERT, G., «Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional», en *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020.
- SMOLLA, R., *Free speech in an open society*, Alfred A. Knopf Inc., New York, 1992.
- SUEDFELD, P., STEEL, G., D., y SCHMIDT, P. W., «Political ideology and attitudes toward censorship», en *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 24, 1994.
- TEIJÓN, M. (DIR.), *El odio como motivación criminal*, La Ley, Madrid, 2022.
- TOWNED, J., «Freedom of expression and the chilling effect», en *The Routledge Companion to Media and Human Rights*, Routledge Handbooks, Abingdon, 2017.
- TTOFI, M. M., y FARRINGTON, D., P., «Bullying: Short-term and long-term effects, and the importance of defiance theory in explanation and prevention», en *Victims and offenders*, vol. 3, 2008.
- TYLER, T. R., «Public trust and confidence in legal authorities: What do majority and minority group members want from the law and legal authorities?», en *Behavioral Science and the Law*, vol. 19, núm.1, 2001.
- VALIENTE MARTÍNEZ, F., *La democracia y el discurso del odio. Límites consitutcionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

VALLS, J., «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVA (DIR.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

CAPÍTULO X

TONRY, M., «An Honest Politician's Guide to Deterrence: Certainty, Severity, Celerity, and Parsimony», en NAGIN, D. S., CULLEN, F. T., LERO JONSON, C. (EDS.), *Deterrence, Choice, and Crime. Contemporary Perspectives*, Routledge, New York and London, 2018.

