

# EFICIENCIA, DISUASIÓN Y DERECHO PENAL

Algunos comentarios acerca del funcionamiento del sistema  
penal y sus consecuencias criminológicas

*EFFICIENCY, DETERRENCE AND CRIMINAL LAW<sup>1</sup>*

*Some comments about the functioning of the penal system and its  
criminological consequences*

**Daniel Martorell Felis**

Magister en Derecho, Universidad de Chile

Master en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona y Pompeu  
Fabra

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de  
Chile

[damartorell@wmaabogados.cl](mailto:damartorell@wmaabogados.cl)

---

<sup>1</sup> Recibido: 11.12.2017. Observado: 17.08.2018 Aceptado: 20.11.2018

## RESUMEN

La metodología propia del análisis económico del derecho puede ser de gran utilidad para analizar los efectos generados por el funcionamiento del sistema penal. En este sentido, el trabajo plantea que el comportamiento observado por las autoridades que intervienen en la persecución penal, puede, además de insuficiente para alcanzar un objetivo disuasivo, ser capaz de modificar la conducta de los sujetos e inducir a la comisión del delito.

**Palabras clave:** *Análisis económico, disuasión, elección racional, análisis coste-beneficio.*

## ABSTRACT

Law and economic approach can be very useful for the purpose of analyzing the effects generated by the operation of the criminal system. In this sense, the paper suggests that the behavior observed by authorities involved in the criminal prosecution could not only be insufficient to achieve deterrence, but reversely, modify the subject's behavior and induce the commission of the crime.

**Keywords:** *Law and economics, deterrence, rational choice, cost-benefit analysis.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta un lugar común, y quizás por eso mismo no sea el punto inicial más original, afirmar que el Derecho penal vive un proceso de expansión<sup>2</sup>. Fenómeno que no tan sólo consiste en la exasperación de las penas de aquellas conductas que tradicionalmente son amenazadas por el Derecho penal, y por eso mismo de rasgo intensivo; sino que, adicionalmente, se extiende la respuesta penal a supuestos, antes criminalmente irrelevantes, portadores sólo de un reproche civil o administrativo, manifestándose en la expansión, su carácter extensivo<sup>3</sup>.

Pese al carácter contemporáneo que pudiese asignársele a este proceso de reforma, éste emplea y se encuentra orientado por una noción clásica, a saber, la idea de que es posible modificar, o al menos influenciar, el comportamiento de los sujetos a través de la previsión, imposición y ejecución de una sanción penal<sup>4</sup> <sup>5</sup>.

La discusión acerca de la determinación de los fines de la pena<sup>6</sup>, cuestión que se encuentra lejos de ser novedosa, transita a través de diversas teorías explicativas que se diferencian

---

<sup>2</sup> Al respecto, SILVA, 2011, p. 4, DÍEZ, 2015, p. 26, CORCOY, 2012, p. 153.

<sup>3</sup> Resulta necesario reconocer que las modificaciones anunciadas no son las únicas. A ellas es posible añadir algunas relativas a las penas y sus modalidades y/o regímenes de cumplimiento; las normas procesales que les resultan especialmente aplicables o incluso; la imposición acumulativa de medidas de seguridad a sujetos imputables, a través de la “custodia de seguridad”, por ejemplo. En efecto y siguiendo a MALDONADO, 2008, p. 46: “complementariamente se puede apreciar cómo el tratamiento y análisis se extiende no sólo a los presupuestos de atribución penal referidos a las reglas de imputación, a la desformalización de las definiciones, al rol e importancia del riesgo o peligro como fundamento de intervención, a la caracterización cada vez más usual de los elementos típicos con base en formulaciones difusas o fundadas básicamente en elementos normativos, sino que, adicionalmente, aborda aspectos referidos a la orientación o finalidad de las consecuencias penales, su eficacia, las técnicas de prevención del delito y las reglas aplicables a su investigación o acreditación procesal”.

<sup>4</sup> Cuestión que, en estricto rigor, es la finalidad de los mecanismos de control social. Al respecto, BUSTOS Y HORMAZÁBAL, 2006, p. 17.

<sup>5</sup> Lo señalado no desconoce la existencia de teorías absolutas que justifican la pena retrospectivamente y sólo a partir del delito cometido. Al respecto y como un resurgimiento de la retribución, véase MAÑALICH, 2007, p. 37. Sin perjuicio de lo anterior, resulta indudable reconocer que las teorías absolutas, en especial la retribución, no han tenido significativa influencia en este proceso de expansión. Reconociéndose como lugar de mayor influencia, las corrientes que abogan por una “lucha contra la impunidad” y de la existencia de un presunto derecho de las víctimas al castigo del infractor. Respecto de este último punto, SILVA, 2015, p. 83.

<sup>6</sup> Asunto que no debe confundirse, aunque relacionado, con cuál sería el fin del Derecho penal. Ya ROXIN, 2008, p. 81 señala que: “Del cometido del Derecho penal y por tanto de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto”, asignándole al Derecho penal una función de protección subsidiaria de bienes jurídicos, así como también el libre desarrollo del individuo y el

entre sí, a partir de asignar a la sanción criminal una idoneidad para alterar las disposiciones que la comunidad<sup>7</sup> o el condenado<sup>8</sup> pudiesen poseer respecto del delito. De esta manera, y como expone CARDENAL, “de forma ampliamente mayoritaria se atribuye al Derecho penal una función preventiva<sup>9</sup>”. En realidad, agrega el referido autor, la “discusión se centra en la relación entre las distintas formas o cauces a través de los cuales el Derecho Penal puede y debe satisfacer su función preventiva, y los límites empíricos y axiológicos de tal función<sup>10</sup>”.

De esta manera, el Derecho, a través de sus disposiciones, motivaría a los sujetos para que se comporten de una manera determinada. Mediante normas jurídicas, ínsitas a los enunciados legales<sup>11</sup>, el sujeto obligado modelaría su comportamiento, sea a partir del reconocimiento del valor involucrado en la prescripción de una conducta o, de la previsión de la reacción desfavorable asociada a la defraudación del mandato. Es así como, por ejemplo, el Derecho penal buscaría prevenir la comisión de delitos a partir de la motivación de los sujetos a través de las normas<sup>12</sup>, transmitiendo a los sujetos el valor y la trascendencia del bien jurídico tutelado por éstas o; advirtiéndoles la consecuencia que tendrá lugar en el evento de incumplimiento de lo prescrito. De esta manera, el Derecho sería un motivo de conducta de los sujetos imperados.

Pese a la corrección del presupuesto metodológico del que parte el proceso de expansión<sup>13</sup>, el problema ha sido el abuso del legislador y su concentración casi exclusiva en el incremento de las penas<sup>14</sup>. El proceso de reforma les asigna a éstas una potencialidad

---

mantenimiento de un orden social. En este punto, resulta habitual efectuar el contraste con aquellos autores que asignan al Derecho penal una función diferente, sólo ejemplarmente, cfr. JAKOBS, 2009, p. 54; el mismo (1997) p. 9, para quien la función del Derecho penal correspondería a la protección de la vigencia de la norma. Como alternativa diferente, cfr. PAWLIK, 2016, p. 36 quien entiende que el objetivo del Derecho penal es la protección de la libertad y “asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas”.

<sup>7</sup> Las teorías relativas, específicamente de cuño preventivo general, explican la pena a partir del efecto modelador de comportamientos que tendría lugar en la comunidad la amenaza de la pena y su posterior ejecución o; partir de la adhesión del grupo social a determinados valores que se estiman valiosos, según si nos encontremos ante una explicación preventivo general negativa o positiva respectivamente.

<sup>8</sup> A través de la prevención especial, sea esta negativa (inocuidadora) o positiva (resocializadora) se busca evitar que el condenado vuelva a delinquir.

<sup>9</sup> CARDENAL, 2015, p. 2.

<sup>10</sup> CARDENAL, 2015, p. 2.

<sup>11</sup> KAUFMANN, 1977, p.5

<sup>12</sup> SILVA, 2015, p. 33. En el mismo sentido MIR, 2015, p. 551.

<sup>13</sup> Según como ha sido expuesto hasta este momento, en orden a descartar que el entorno normativo y sus modificaciones sean irrelevantes para el actuar de los sujetos.

<sup>14</sup> Actualmente, la predilección legislativa por la exasperación de la reacción penal reconoce variaciones, abandonándose el mero incremento de su duración. En nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, el legislador ha incluido reglas que restringen de forma intensa las facultades judiciales de determinación de la pena haciendo imposible la reducción de la pena del marco penal (Ley 20.931); imponen períodos de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (Ley 20.770 en relación a la ley 18.290 de tránsito o; la ley 20.945 en relación al D.L. 211 que fija las normas para la defensa de la libre competencia) o; dificultando la

incuestionable para incentivar a los sujetos a la obediencia normativa y así lograr la disuasión de la conducta.

El curso de acción seguido por el legislador asume como verdaderos, al menos de manera implícita y susceptible de reconducción a una misma idea, dos supuestos. El primero de ellos corresponde a la aptitud que posee la sanción penal y su forma de cumplimiento para motivar la conducta de los sujetos. Por otra parte, el segundo supuesto, asume una determinada visión del sujeto obligado por la norma. El destinatario de la norma, en este sentido, es concebido como un sujeto capaz de ser motivado por ella<sup>15</sup>. Bajo estos supuestos, frente a un comportamiento respecto del cual se pretenda afectar y reducir su ocurrencia fáctica, cobra sentido alterar las reglas penales existentes en un momento dado, las cuales han demostrado su incapacidad para disuadir una conducta en la medida que se mantengan inalteradas.

Tratándose del segundo de los supuestos anunciados, es posible señalar que, al menos en parte, el sujeto posee una capacidad de motivación en cuanto se le reconoce, o al menos se asume como, racional. En cuanto tal, es capaz de valorar el mal en que consiste la imposición de la pena, relacionarlo con las ventajas esperadas provenientes de su conducta y a partir de ello, mantenerse en el cumplimiento de la norma, alcanzándose la disuasión<sup>16</sup>.

La anterior forma de caracterizar al sujeto obligado por la norma jurídica, coincide con el supuesto asumido por la economía. Según la referida ciencia social, es posible explicar y predecir el comportamiento de los sujetos, asumiendo que éstos, en cuanto sujetos racionales, buscarán la maximización de algo que estiman valioso<sup>17</sup>. La idea detrás de la racionalidad no se agota con la mera ponderación entre las posibles consecuencias

---

concesión de la libertad condicional (Ley 20.931). Lo anterior, es sin perjuicio de las modificaciones a la regulación procesal penal que debilitan los derechos del imputado en beneficio del Ministerio Público o de las policías, baste recordar a este respecto, los cambios introducidos por la ley 20.931 a la facultad policial de realizar un control de identidad prevista en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

<sup>15</sup> Cuestión que si es entendida en clave de culpabilidad concede legitimidad al castigo y, en general, a los sistemas de atribución de responsabilidad. Al respecto, PIÑA, 2010, p. 239 quien señala que: “no se trata de que exista una infracción formal de la norma, sino que ella debe ir aparejada de una motivación personal defectuosa por parte de quien la infringe, que pone de manifiesto una toma de postura frente a ella.

<sup>16</sup> Asunción metodológica que, al mismo tiempo, constituye un supuesto de la legitimidad de la sanción penal y una exigencia lógica elemental de la prevención general negativa, al parecer la mayor influencia del legislador penal moderno. En este sentido, FEIJOO, 2014, p. 72 aunque hablando de las teorías preventivas sin distinción, señala que éstas “parten de la posibilidad de influencia del Estado en las conciencias y en los comportamientos individuales con el objeto de prevenir delitos”.

<sup>17</sup> COOTER Y ULEN, 2016, p. 29, señalan que “los economistas suponen que todos los actores económicos maximizan algo: los consumidores maximizan la utilidad (es decir, la felicidad o satisfacción), las empresas maximizan los beneficios, los políticos maximizan los votos...”. En el mismo sentido, POSNER, 2002, p. 25, afirma que “la tarea de la economía, así definida, consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su “interés propio”.

provenientes de un determinado curso de acción. Como exponen COOTER Y ULEN, “una idea de la racionalidad afirma que un actor racional puede ordenar las alternativas de acuerdo con la medida en que le den lo que él desea”<sup>18</sup>.

Difícil resulta negar que la aproximación metodológica de la economía ha excedido su objeto de estudio propio. Vemos a este respecto, y de acuerdo a lo señalado por ORTIZ DE URBINA, una “expansión del intento de explicar y predecir conductas y fenómenos sociales a partir del supuesto de comportamiento racional desde el ámbito mercantil a terrenos tan diversos como la política, la historia o la familia”<sup>19</sup>. Prueba de ello, es el análisis económico del derecho (en adelante AED), el cual, según el parecer de BERMEJO, “forma parte de una serie de enfoques interdisciplinarios que se interesan por las interrelaciones entre el Derecho y su contorno social”<sup>20</sup>.

Si es que contrastamos el punto de partida de las consideraciones político criminales actuales expuestas precedentemente con el AED, creemos que éste puede ser un instrumento útil para cuestionar las decisiones adoptadas por la autoridad. El presente trabajo intentará mostrar cuál es el grado de corrección que poseen algunas operaciones del sistema penal, a partir de su contraste con postulados del AED, para obtener el resultado disuasivo buscado. Al respecto, creemos que, en algunos casos, es posible apreciar un efecto criminógeno en el funcionamiento del sistema, opuesto al buscado de reducir la comisión de delitos.

## 2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL. ALGUNAS PRECISIONES

A diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, el AED no parece tener una influencia significativa a propósito del Derecho penal. Así ha planteado SILVA que, “el sistema del Derecho penal tendría una configuración cerrada y apriorística en la que las consideraciones de eficiencia quedarían absolutamente excluidas”<sup>21</sup>.

A nuestro juicio, estas consideraciones no resultan correctas. No tan sólo por consideraciones históricas<sup>22</sup>, sino porque se basan en una confusión, que intentaremos resolver en lo que sigue.

---

<sup>18</sup> COOTER Y ULEN, 2016, p. 29.

<sup>19</sup> ORTIZ DE URBINA, 2004, p. 36.

<sup>20</sup> BERMEJO, 2015, p. 39.

<sup>21</sup> SILVA, 1996, p. 94.

<sup>22</sup> SILVA, 1996, p. 94., señala que “desde la aparición de las doctrinas de justificación del Derecho penal “*ne peccetur*” hasta las construcciones actuales de un autor como *Jakobs*, por ejemplo, siempre han ocupado un

## 2.1. AED positivo y normativo

A propósito del AED es posible diferenciar dos enfoques diferentes. Uno positivo, que tiene una vocación explicativa o analítica; y otro normativo, cuya aspiración es someter la legislación a un baremo de eficiencia y a partir de él determinar su corrección.

La explicación científica de los fenómenos se realiza a partir de determinadas consideraciones que se dan por supuestas. En este sentido, y siguiendo a ORTIZ DE URBINA, “las disciplinas sociales positivas se apoyan de modo explícito o implícito en algún tipo de supuesto conductual”<sup>23</sup>. Tratándose del AED positivo, se asumen dos presupuestos metodológicos<sup>24</sup>. El primero consiste en que los sujetos son racionales<sup>25</sup> y tratan de maximizar su bienestar, lo cual se traduce en contar, como expone BERMEJO, con la “capacidad para ordenar sus preferencias y para optar por la que más les satisfaga”<sup>26</sup>. El segundo presupuesto consiste en que el entorno legal del sujeto y los cambios que pueden tener lugar en él, alteran los incentivos relativos referidos a las “acciones individuales alternativas y, por ello, la cantidad y carácter de la actividad”<sup>27</sup>.

A partir de estos presupuestos, el AED positivo puede explicar una decisión o formular predicciones al respecto.

Por su parte, el AED normativo somete a la legislación a un criterio de eficiencia<sup>28</sup> para determinar su corrección. Siguiendo en esto a CALSAMIGLIA, “el concepto de eficacia puede prestar especial auxilio a una concepción de la tarea de la ciencia de la legislación hasta ahora excesivamente intuicionista y subjetiva. Una buena ley no es aquella que señala unos objetivos justos, sino aquella que además los consigue”<sup>29</sup>.

Según la distinción realizada precedentemente, una de las primeras cuestiones que debe concluirse es que, el AED no pretende reemplazar consideraciones axiológicas que

---

lugar sustancial los razonamientos consecuencialistas. En particular, autores como *Bentham*, *Beccaria* o *Feurbach* han sostenido sus conocidas tesis sobre la base de argumentos de muy preciso contenido económico”.

<sup>23</sup> ORTIZ DE URBINA, 2004, p 37.

<sup>24</sup> BERMEJO, 2015, p 45.

<sup>25</sup> Creemos que no posee significativa relevancia aquella crítica fundada en la inexistencia de este ideal de comportamiento (*homo oeconomicus*) a partir de la constatación, evidente por lo demás, que ciertos sujetos no actúan de manera racional. En el mismo sentido, ORTIZ, 2004, p 40, señala que “se opera mediante modelos que abstraen características de la realidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones”. Lo que, si resulta necesario asumir, es que las predicciones que pueda formular el AED serán más adecuadas en la medida que la conducta delictiva se encuentra más cercana al ideal racional del sujeto, por ejemplo, en los delitos económicos. Al respecto, BERMEJO, 2015, p 74.

<sup>26</sup> BERMEJO, 2015, p 45.

<sup>27</sup> BERMEJO, 2015, p 45.

<sup>28</sup> Asumiendo que se trata de un concepto controvertido. Al respecto, cfr. SILVA, 1996, p. 95 y ss.; BERMEJO, 2015, p 54 y ss.; y ORTIZ, 2004, p 44 y ss.

<sup>29</sup> CALSAMIGLIA, 1988, p. 331.

orientan al legislador al momento de criminalizar una conducta. No debe entenderse, en consecuencia, que el AED busca criminalizar conductas a partir de consideraciones consecuencialistas<sup>30</sup>. A propósito de la decisión de criminalización, el AED se desenvolvería a propósito de la necesidad y no del merecimiento<sup>31</sup> de pena, cuestión, esta última, que no se vería sustraída de las valoraciones tradicionales. Si es que las objeciones al empleo del AED positivo se dirigen en este sentido, éstas deben descartarse.

### 2.1.1. AED positivo y la decisión de delinquir

Como indicamos en el apartado precedente, el AED positivo asume que las modificaciones que tienen lugar en el ordenamiento jurídico alteran los incentivos que los sujetos tienen al momento de desarrollar una actividad. Estas modificaciones pueden consistir en<sup>32</sup>:

- i. Las modificaciones formales, entendiendo por tales aquellas que recaen en el texto legal positivo;
- ii. Los cambios en aquello que resulta exigido al ciudadano que no se fundan en una alteración del texto legal (como, por ejemplo, la modificación de una línea jurisprudencial) y;
- iii. Los cambios en la política de aplicación de una norma (como, por ejemplo, la implementación de una política de persecución inédita).

Las referidas alteraciones influyen en el proceso que sigue adelante el sujeto al momento de adoptar la decisión de delinquir.

Tratándose del primero de los supuestos indicados, el legislador criminaliza conductas o exaspera las penas aspirando reducir su verificación. Pese a la existencia de opiniones clásicas<sup>33</sup> que dan cuenta de lo insuficiente del proceder legislativo descrito, el AED brinda

---

<sup>30</sup> Cuestión que sí realiza el legislador, por ejemplo, cuando criminaliza una conducta o agrava las penas a partir de justificaciones basadas exclusivamente en la disuasión o la prevención general intimidatoria. Al respecto, ROBINSON, 2003, p. 971, indica que: "Quizás demasiada atención ha sido puesta en la racionalidad disuasiva; habitualmente la disuasión puede ser el camino habitual con el que los modernos teóricos de la legislación criminal han escogido para expresarse. En lugar de señalar que una conducta X es lesiva y, por eso mismo, debe criminalizarse, es común decir que la conducta X debe ser disuadida".

<sup>31</sup> LUZÓN, 1993, p. 22 indica que "según una opinión muy extendida, el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo".

<sup>32</sup> En lo sucesivo, seguiremos lo expuesto por BERMEJO, 2015, p 45. y ORTIZ DE URBINA, 2004, p. 38.

<sup>33</sup> BECCARIA, 1968, p. 71, "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas". Modernamente, y quizás ahí radica el valor de lo afirmado por este autor, esta opinión

argumentos adicionales para respaldar tal afirmación. Uno de ellos consiste en afirmar que no es exclusivamente la gravedad de la sanción lo que tiene una aptitud para modelar el comportamiento de los sujetos, sino que también influye la probabilidad de sanción. En el proceso de formación de la decisión del sujeto, no sólo afecta la gravedad de aquello que le puede suceder, sino qué expectativas éste tiene acerca del funcionamiento del sistema a partir de los conocimientos que ostenta. De esta manera, como expone KENNEDY, “la experiencia rompe el caparazón de ilusión de que uno no puede salirse con la suya luego de violar la ley”<sup>34</sup>. Aquellas modificaciones legislativas que no vayan acompañadas de un incremento en la probabilidad de condena serán incapaces de alterar, de manera significativa, el efecto disuasivo preexistente. En este sentido, y siguiendo a ROBINSON, “establecer una expectativa base de una significativa probabilidad de castigo es una condición necesaria para cualquier efecto disuasivo”<sup>35</sup>.

En el proceso de formación de la decisión de delinquir, el sujeto lleva adelante un análisis de los perjuicios y beneficios que pueden provenir de su comportamiento. Así, “una persona comete un delito porque los beneficios privados esperados del mismo exceden los costes privados esperados”<sup>36</sup>. En este proceso, eso sí y como expone BECKER, debe descartarse que los “individuos solamente son motivados por egoísmo o ganancias materiales”<sup>37</sup>. Por el contrario, continúa BECKER, la “conducta es dirigida por un conjunto de valores y preferencias mucho más complejo”<sup>38</sup>.

Por su parte, en el proceso de análisis se estiman como costes no tan sólo las sanciones formales previstas, sino que también las informales<sup>39</sup>. A partir de lo anterior, no debe menospreciarse, la reacción del entorno del sujeto como instrumento de control de la criminalidad.

En lo que se refiere al cumplimiento normativo de la sociedad, éste es más alto en aquellos casos en que existe una identificación axiológica entre las valoraciones sociales y aquellas

---

sólo ha sido complementada por la ciencia criminológica. Además de la exigencia de certidumbre, se afirma que la pena disuade en la medida que sea, además, severa y se imponga con celeridad. Al respecto, CARDENAL, 2015, p. 10.

<sup>34</sup> KENNEDY, 2016, p. 39.

<sup>35</sup> ROBINSON, 2003, p. 992.

<sup>36</sup> BERMEJO, 2015, p. 70.

<sup>37</sup> BECKER, 1993, p. 385.

<sup>38</sup> BECKER, 1993, p. 385.

<sup>39</sup> MCADAMS Y ULEN, 2008, p. 2. Las sanciones informales provienen del control social informal. Como exponen BUSTOS Y HORMAZÁBAL, 2006, p. 19, “según si el órgano tiene o no como actividad principal el ejercicio del control, el control social de reacción puede ser clasificado como formal o informal”. Agregan que, “El control social informal lo ejercen instituciones sociales no en forma primordial sino como actividad complementaria. Se trata de instituciones cuya función principal no es el ejercicio del control sino otra. Está constituido por instituciones como la familia, la vecindad, la escuela, el centro de trabajo”, etc. (destacado en original).

que el legislador ha plasmado en el ordenamiento jurídico<sup>40</sup>. Como expone ROBINSON “las personas, por lo general, no desean violar las normas sociales, y, si piensan que los códigos legales reflejan esas normas sociales, respetan las leyes”<sup>41</sup>. Concluye el referido autor que, “una parte significativa del poder del sistema de justicia penal para controlar la conducta deriva del hecho de que los miembros corrientes de la comunidad estigmatizarán a los infractores de las leyes penales, con alguno de los infractores potenciales, éste es un mecanismo poderoso de control de la conducta, y ello sin apenas coste, en comparación con los costes financieros y sociales del uso del procedimiento de detención, juicio, condena y prisión del sistema de justicia penal”<sup>42</sup>. La pérdida del capital social con el que cuenta un sujeto, puede transformarse en un incentivo para que la norma sea seguida<sup>43</sup>.

Atendida la utilidad que reporta, en la disuasión de los delitos, la identificación valorativa entre la comunidad y el legislador, debe evitarse la instrumentalización de la respuesta penal y su utilización exclusiva para perseguir objetivos meramente simbólicos, si es que no se quiere que el propio sistema penal pierda legitimidad. Existe un relevante riesgo para la vigencia y operatividad del sistema cuando se verifica una separación entre las valoraciones que tiene el conglomerado social y aquellas que puede perseguir el legislador en el diseño de la política criminal. El sistema penal pierde su potencial disuasivo. Como explica ROBINSON, “este potencial de reducción del delito es logrado, a lo menos, por dos vías complejas: la primera involucra a la aplicación de la presión social a quienes cometan un delito; la segunda involucra fomentar normas internas-prohibiciones morales-contrarias a la comisión de un delito entre quienes de otro modo los cometerían”<sup>44</sup>.

Hasta el momento, hemos planteado que, en el proceso de formación de la voluntad criminal, la pena que una determinada conducta posee tiene una gran importancia. Que el sujeto lleva adelante un proceso de análisis de las consecuencias, tanto favorables como adversas, que pueden sobrevenir a su comportamiento, y a partir de ellas, adopta la decisión. En relación a este análisis coste-beneficio, sin embargo, los sujetos también valorizan aquellas ventajas que pueden esperarse de conducta alternativas a aquellas que planean realizar. De esta manera, los sujetos tomarán la decisión según el mayor o menor

---

<sup>40</sup> Para una revisión empírica de lo afirmado, véase NADLER, 2005, quien da cuenta de casos donde la percepción de la comunidad acerca de que una determinada legislación es injusta puede afectar, a la baja, la probabilidad de su cumplimiento.

<sup>41</sup> ROBINSON, 2012, p. 199.

<sup>42</sup> ROBINSON, 2012, p. 199.

<sup>43</sup> KENNEDY, 2016, p. 80, refiriéndose a diversos lazos sociales, como el matrimonio, el empleo, la paternidad, entre otros, señala que: “estas cosas no suelen ser interpretadas en términos de disuasión, pero esos lazos y procesos también pueden ser vistos como un aumento del capital personal; la probabilidad y la importancia de perderlo mediante la comisión de un delito, el desarrollo y la inculcación de orientaciones que incorporen la vergüenza, la culpa y orientaciones a largo plazo, y el desarrollo de relaciones con terceros que alienten la buena conducta y desalienten la mala conducta”.

<sup>44</sup> ROBINSON, 2003, p. 981.

coste de oportunidad<sup>45</sup>. Es por lo anterior, que, en el diseño de la política criminal, deben incluirse variables que hagan más valiosa la conducta lícita alternativa<sup>46</sup>.

### 2.1.2. La influencia de la operación del sistema

El supuesto de racionalidad sobre el que opera el AED positivo, siguiendo en esto a SILVA, “determina que si, en el margen de información de que se dispone, una de las alternativas de comportamiento se hace menos ventajosa, por una variación de las circunstancias, disminuye la probabilidad de que se opte por ella”<sup>47</sup>. Las decisiones que adopta el sujeto se ven, en consecuencia, altamente influenciadas por la información con la que dispone, con prescindencia de su corrección. Basta, en este sentido, con que se asuma como verdadera. De esta manera, la creencia errada y aquella que es correcta tienen semejante influencia en el comportamiento del sujeto.

A partir de lo anterior, la disuasión requiere no tan sólo de la operación del sistema penal, sino que el sujeto tome conocimiento de ello. Aquello que se ignora no posee fuerza disuasiva alguna. Y aquí quizás conviene explicitar uno de los primeros obstáculos a la disuasión a partir de la mera alteración de un régimen legal. Según ROBINSON, “los estudios disponibles sugieren que la mayoría de las personas no conocen la ley, que incluso delincuentes de carrera que tienen especiales incentivos para conocerla, no lo hacen, y que incluso cuando las personas creen que conocen la ley, se encuentran frecuentemente equivocados”<sup>48</sup>.

Constatada la importancia que el conocimiento tiene para la existencia de la disuasión, debe reconocerse que la principal fuente a partir de la cual éste es adquirido, es la experiencia. Los sujetos, más allá de sus nociones acerca de lo que ellos creen las leyes ordenan o deberían prescribir, aprenden del derecho vigente por una vía experiencial. Este vínculo con la actual operación del sistema penal, también permite a los sujetos percatarse acerca de la seriedad de la amenaza de castigo que recae sobre una determinada conducta. Según cuál sea el tratamiento que una prohibición legal tenga en la práctica, los sujetos confirman la realidad de la orden contenida en la norma<sup>49</sup>. De acuerdo a aquello que ha

---

<sup>45</sup> Entendiendo por tal, los beneficios que pueden obtenerse con conductas alternativas.

<sup>46</sup> En este sentido, SILVA, 1996, p. 103 “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”. De ahí que este autor plantea, por ejemplo, que una estrategia de disuasión del delito, podría ser la reducción de las tasas de desempleo. También véase, EHRlich, p. 262

<sup>47</sup> SILVA, 1996, p. 98-99.

<sup>48</sup> ROBINSON, 2005, p. 954.

<sup>49</sup> Al respecto, CARDENAL, 2015, p. 29 señala que “la teoría de la disuasión no afirma que cuanto mayor sea el castigo mayor será siempre la disuasión. Afirma que, si se dan determinadas condiciones y, sobre todo, un nivel significativo de certeza, el incremento de la severidad de la pena incrementará su eficacia preventiva”.

sido expresado, estimamos que el comportamiento de la autoridad resulta esencial en un sistema que pretenda disuadir conductas que estima perjudiciales.

En la discusión político criminal, es posible escuchar opiniones que señalan que el proceder de la autoridad resulta insuficiente para controlar el fenómeno de la criminalidad. Se afirma que, si los organismos encargados de la persecución penal hicieran más se reduciría la comisión de los delitos. Lo anterior, pese a ser adecuado, no lo es íntegramente. Es necesario agregar que el comportamiento oficial puede tener un efecto criminógeno.

Sin perjuicio de no ser las únicas autoridades vinculadas con la persecución penal y con el funcionamiento del sistema de persecución criminal, en lo sucesivo analizaremos el efecto que tiene, para la disuasión, el actuar de las policías, el Ministerio Público y los Tribunales. Centramos nuestra atención en estas autoridades ya que ellas son las que, en mayor medida, a partir de su comportamiento, pueden alterar de manera significativa la certeza de castigo que existe respecto de una determinada conducta. Como plantea KENNEDY, “hay una pluralidad de importantes modos en los que el comportamiento oficial puede alentar la delincuencia y, en particular, puede disminuir la disuasión”<sup>50</sup>.

### **2.1.2.1. La Policía**

Uno de los aspectos más críticos del sistema penal es el actuar policial. No tan sólo por las consecuencias procesales que pueden emanar de su comportamiento<sup>51</sup> sino porque su forma de proceder puede incidir de manera significativa en la percepción que existe acerca de la certeza de castigo. Uno de los factores que de mayor medida inciden en la percepción que la comunidad tiene acerca de la vigencia del castigo, corresponde al actuar policial, específicamente, con la detención de los infractores y su vinculación con el proceso. En este sentido, NAGIN señala que “la evidencia es clara que profundos cambios en la presencia policial afectan las tasas de delitos. El cambio en la presencia puede ser el resultado de un evento no planificado, como una alerta de terrorismo que dispara un largo

---

<sup>50</sup> KENNEDY, 2016, p. 108.

<sup>51</sup> Sobre todo, en lo relativo a la recopilación de antecedentes tras la ocurrencia del delito y a propósito de las instrucciones que reciban del ente persecutor. Al respecto DUCE Y RIEGO (2007) p. 141 plantean que “un problema tradicional en los sistemas procesales penales ha sido desconocer el rol que tiene esta institución para el desarrollo y éxito de la investigación criminal, lo que se ha traducido en una escasa regulación normativa de las facultades policiales en relación a la investigación”.

incremento de oficiales policiales en espacios públicos, o puede ser una respuesta estratégica a un problema criminal conocido”<sup>52</sup>.

Como vimos precedentemente, un factor que incide en la disuasión a través de la obediencia normativa es la identificación de las consideraciones morales de la sociedad con aquellas que son plasmadas en la legislación penal. En la medida que la comunidad se identifique con el catálogo de prohibiciones, su probabilidad de cumplimiento será mayor. Esta coincidencia concede legitimidad al sistema, negándosela aquello que es calificado como injusto. Existiendo esta relación, el proceder policial repercute en la valoración que la ciudadanía tiene acerca de la legitimidad del sistema. En nuestro sistema, el actuar policial se concentra en un determinado grupo de la población, aquel de más bajos recursos, aplicando una selección no vinculada a la aplicación de criterios criminológicos. Como plantea STERN, “hay una cantidad desproporcionadamente mayor de agentes de policía en los barrios pobres porque se considera que hay ciertos grupos que tienen muchos delincuentes en sus filas”<sup>53</sup>.

En la medida que el actuar policial sea arbitrario, la percepción de legitimidad del sistema se verá comprometida, reduciendo su potencial disuasivo. Por el contrario, en aquellos casos en que sea calificado como justo, el policía será visto como el encargado de materializar la concepción de justicia de la propia comunidad, cuyos integrantes, incluso, colaborarán con la persecución penal. Tal como plantea Robinson, “el punto es que la reputación del sistema de justicia criminal de trato justo y respetuoso hacia las personas es central para su habilidad de conseguir el cumplimiento voluntario de los ciudadanos a la ley”<sup>54</sup>.

### **2.1.2.2. El Ministerio Público**

Nuestro sistema procesal penal se construye alrededor de un Ministerio Público como principal protagonista. Salvo las excepciones legales<sup>55</sup>, los intervinientes no cuentan con herramientas procesales idóneas para forzar al ente persecutor a promover la persecución penal. Pese a la consagración del principio de legalidad<sup>56</sup> como principal criterio

---

<sup>52</sup> NAGIN, 2013, p. 240.

<sup>53</sup> STERN, 2010, p. 110.

<sup>54</sup> ROBINSON, 2003, p. 994.

<sup>55</sup> Principalmente vinculadas con el forzamiento de la acusación establecido en el Art. 258 del Código Procesal Penal. Debemos decir, eso sí, que la excepción resulta más aparente que real toda vez que, como ha sido interpretado de manera mayoritaria por los Tribunales, sólo procede el forzamiento en aquellos casos en que el Ministerio Público ha formalizado la investigación, actuación procesal que es de resorte exclusivo del ente persecutor sin que exista mecanismo alguno para inducir al Ministerio Público a proceder a la formulación de cargos.

<sup>56</sup> Como señalan DUCE Y RIEGO, 2007, p. 179, “el principio de legalidad procesal (también conocido como de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal) suele ser entendido como la obligación los órganos estatales de persecución penal (principalmente el Ministerio Público y la policía) de llevar adelante la investigación de

orientador el actuar del Ministerio Público, en el diseño del sistema procesal se le concedieron una serie de atribuciones que comprometen la plena vigencia del referido principio y su obligación de promoción necesaria. Facultades que, por lo demás, son de ejercicio discrecional. Estas facultades socavan la certidumbre del castigo, lesionando la capacidad disuasiva del sistema penal. Creemos que este efecto no tan sólo lo producen aquellas atribuciones que permiten materializar el principio de oportunidad<sup>57</sup>, sino también aquellas que le permiten suspender a prueba el procedimiento en contra de un imputado o perseguir responsabilidades penales menores a las legalmente correspondientes en un procedimiento negociado. Las principales objeciones que se pueden formular a la discreción que se asigna al ente persecutor a este respecto, es que altera las consecuencias legales previstas para determinadas conductas. Así, por ejemplo, HERRERA refiriéndose a la negociación, indica que con ésta “se abren las puertas a criterios distintos a los establecidos por el Derecho penal positivo, y en este sentido se modifican las consecuencias jurídicas previstas en los tipos penales concretos”<sup>58</sup>. Compartimos lo señalado por esta autora cuando afirma que “con la negociación en el proceso penal se convierte a la norma de sanción en un objeto de negociación y con ello, se ve minado el carácter de imperativo categórico como fundamento del sistema de justicia penal”<sup>59</sup>. Lo anterior sin considerar el *plus* de desvalor que queda sin atención debido a la desproporción que existe entre la pena que el legislador asigna a una conducta (a partir de su gravedad) con la pena perseguida (ofrecida) por el ente persecutor (principalmente bajo la búsqueda de eficiencia en el sistema).

Otra observación que podemos efectuar al actuar del ente persecutor se refiere al establecimiento de protocolos de trabajo, lo que se traduce en que se reduce la entrega de una respuesta adecuada por parte del sistema al caso concreto. De acuerdo a lo que exponen DUCE Y RIEGO, existe una “creciente rutinización en el trabajo del sistema. En efecto, en la medida que el sistema se ha masificado en todo el país y sus actores interactúan habitualmente utilizando procedimientos similares, se comienza a constatar una pérdida de calidad en el trabajo producto de la respuesta estandarizada frente a situaciones comunes”<sup>60</sup>.

La discrecionalidad concedida al ente persecutor limita el efecto disuasivo que posee el sistema penal. El ejercicio de estas facultades afecta la certidumbre de castigo. En la medida que el sujeto cuente, aunque sea mínima, con la posibilidad de eludir su

---

todos los hechos que revistan caracteres de delito hasta las últimas consecuencias, sin poder suspender, revocar o terminar anticipadamente la persecución penal”.

<sup>57</sup> Como pueden ser las decisiones de no inicio de la investigación (Art. 167 del Código Procesal Penal) y de archivo provisional (Art. 168 del Código Procesal Penal).

<sup>58</sup> HERRERA, 2016, p. 233.

<sup>59</sup> HERRERA, 2016, p. 246.

<sup>60</sup> DUCE Y RIEGO, 2007, p. 87.

persecución y la imposición de un castigo, la disuasión que brinda el sistema se ve afectada profundamente. Es por lo anterior que resulta una necesidad ineludible, que el Ministerio Público explicita su política de persecución criminal, admitiendo la posibilidad que ésta sea modificada a casos específicos y consideraciones de cumplimiento de los fines de la pena por vías alternativas a su imposición y cumplimiento, cuestión que propenderá a la reducción de la arbitrariedad en la toma de decisiones.

### 2.1.2.3. Los Tribunales

Dentro de los integrantes del sistema penal, los Tribunales contribuyen de manera relevante al potencial disuasivo que éste pudiese tener. Más allá del actuar policial, de las acusaciones presentadas por el Ministerio Público, quienes condenan, determinando de esta manera la extensión de la norma de conducta ínsita en los tipos penales, son los Tribunales. Sin perjuicio de reconocer las ventajas del arbitrio judicial ahí donde el legislador ha incumplido exigencias de proporcionalidad, es necesario asumir que las decisiones de los Tribunales reducen la certeza de castigo que resulta necesaria para la disuasión. El actuar de los Tribunales no tan sólo resulta problemático tratándose del acto de adjudicación de la responsabilidad penal, sino también cuando debe determinar la pena específica que debe soportar el condenado y cuál será el régimen de cumplimiento al que deberá someterse.

En aquellos casos en que el Tribunal condena a un sujeto, pero le concede una pena sustitutiva que le permite un cumplimiento en un régimen en libertad, se asume un riesgo relevante de compromiso del poder disuasivo que tiene el sistema penal. La sustitución del cumplimiento efectivo de la sanción disminuye el poder disuasivo del sistema. Como señala CARDENAL, “la *intensidad* de la disminución de la eficacia preventiva general intimidatoria de la pena, derivada de la disminución de la severidad que comporta la suspensión de su ejecución, dependerá de la disminución que experimente el número de potenciales delincuentes que conocen tal disminución, la toman en consideración, deciden actuar atendiendo a los costes y beneficios de su comportamiento, y consideran que los costes asociados a la comisión del delito son superiores a los beneficios”<sup>61</sup>.

Para los efectos de limitar sus facultades, el legislador ha introducido una serie de reformas que impiden el Juez imponer una sanción diversa a aquella que éste ha previsto. Sin embargo, debemos dar cuenta de lo incorrecto del proceder legislativo. No tan sólo por las cuestiones de constitucionalidad que pueden vislumbrarse<sup>62</sup>, sino porque existe un riesgo de afectación de la proporcionalidad entre la conducta y la sanción, lesionando la

---

<sup>61</sup> CARDENAL, 2015, p. 34.

<sup>62</sup> Al abocarse el legislador a cuestiones que son de competencia del poder judicial.

percepción de justicia que la comunidad tiene respecto de la legislación. Como hemos visto precedentemente, en aquellos casos en que el legislador desconoce la noción de justicia que la comunidad tiene respecto de un determinado asunto, los niveles de cumplimiento se reducen. La imposición de la pena debe reconocer su subordinación a alcanzar sus fines. En aquellos casos en que no se vislumbra una necesidad punitiva, imponer un castigo de manera obligatoria desconoce consideraciones elementales de proporcionalidad, lesionando la credibilidad del sistema y su rendimiento para disuadir conductas que han sido calificadas como desviadas.

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Parecen existir pocas razones para entender que el sujeto que infringe la ley penal no pueda ser motivable por una modificación de los costos asociados a su conducta. Debe dejar de sobrevalorarse, eso sí, la incidencia que en este proceso tiene la alteración, al alza, de la afflictividad de las sanciones penales. Si es que se asigna a la política criminal una finalidad disuasiva de la criminalidad, no resulta posible eludir la interdependencia que existe en el sistema penal. En este sentido, la autoridad debe tener en consideración todos los costos y beneficios esperados del delito y, a partir de ellos, intentar modificarlos. Incluso si es que se decide no afectar los beneficios de las conductas lícitas alternativas, debe afirmarse que será siempre insuficiente e ineficaz reducir la política criminal a la modificación legislativa. Sobre todo, porque quienes se encargan de aplicar la ley, y de esta manera, dotarla de existencia real, son una serie de organismos sobre los que descansa, de una manera más intensa el éxito de la disuasión, respecto de los cuales debe efectuarse un proceso de revisión de sus protocolos de actuación ya que en ellos existe el riesgo de mermar la capacidad disuasiva del sistema penal en su conjunto.

Resulta necesario enriquecer el enfoque político criminal actual caracterizado por su tendencia a la exasperación de la respuesta sancionatoria frente al delito. El mero anuncio, generalmente desapercibido por el potencial autor, del aumento de pena ante la comisión de un delito, no tiene una incidencia real en la alteración de los incentivos que tiene un sujeto para decidirse por la acción. El comportamiento de los sujetos se muestra más susceptible de influencia frente a modificaciones relevantes sobre la certidumbre y celeridad del castigo. A lo anterior, debe agregarse el hecho que la adhesión comunitaria a los valores o bienes protegidos por los delitos, tiene una incidencia preventiva indudable. Sea producto de la real valoración del interés tutelado o porque se deja de ver al delito y a las autoridades encargadas de su persecución como medios de opresión y sometimiento.

La principal consecuencia de lo expuesto no es negar la posibilidad de modificar el comportamiento de los sujetos frente a la alteración de determinados estímulos; sino que en evidenciar lo insuficiente que resulta el concentrarse en modificaciones legislativas carentes de traducción o contradictorias con las políticas de persecución criminal existente o sin una adhesión comunitaria de referencia.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, Cesare (1968), *De los delitos y de las penas* (trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza).

BECKER, Gary (1993), "Nobel lecture: The economic way of looking at behavior", *Journal of Political Economy*, vol. 101, n° 3: pp. 385-409.

BERMEJO, Mateo (2015), *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico* (Madrid, Marcial Pons).

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán (2006), *Lecciones de derecho penal. Parte general* (Madrid, Trotta).

CALSAMIGLIA, Albert (1988), "Justicia, eficiencia y derecho", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 1: pp. 305-335.

CARDENAL, Sergi (2015), "¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución" disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-18.pdf>. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2017.

COOTER, Robert Y ULEN, Thomas (2016), *Derecho y economía* (México, Fondo de Cultura Económica).

CORCOY, Mirentxu (2012), "Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales", en Hortal, Juan Carlos (coord.), *Constitución y sistema penal* (Madrid, Marcial Pons) pp. 153-171.

DÍEZ, José Luis (2015), *La política criminal en la encrucijada* (Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., segunda edición).

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica).

EHRlich, Isaac (1972), "The deterrent effect of criminal law enforcement", *The Journal of Legal Studies*, vol. 1, n° 2: pp. 259-276.

FEIJOO, Bernardo (2014), *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general* (Buenos Aires, B de F).

HERRERA, Mercedes, "Le negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano" disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_21/Vol11N21A9.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A9.pdf). Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2017.

JAKOBS, Günther (1997), *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2ª edición corregida).

JAKOBS, Günther (2009), "¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma", en MAIER, Julio Y CÓRDOBA, Gabriela (comp.), *¿Tiene un futuro el Derecho penal?* (Buenos Aires, Ad- Hoc) pp. 53-72.

KAUFMANN, Armin (1977), *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. (trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma)

KENNEDY, David (2016): *Disuasión y prevención del delito, Reconsiderando la expectativa de pena* (Madrid, Marcial Pons).

LUZÓN, Diego-Manuel (1993), "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, Mes 1: pp. 21-34.

MCADAMS, Richard Y ULEN, Thomas (2008), "Behavioral criminal law and economics", *U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 440*: pp. 2-41.

MALDONADO, Francisco (2008), "Derecho penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal" en RODRÍGUEZ, Luis (coord. académico), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta* (Santiago, Editorial Jurídica) pp. 41-96.

MAÑALICH, Juan Pablo (2007), "Pena como retribución. Primera parte: La retribución como teoría de la pena", *Derecho Penal y Criminología*, N° 83: pp. 37-74.

- MIR, Santiago (2015), *Derecho Penal. Parte general* (Barcelona, Reppertor, 10ª edición).
- NADLER, Janice (2005), "Flouting the law", *Texas Law Review*, vol. 83, pp. 1400-1439.
- NAGIN, Daniel (2013), "Deterrence in the Twenty-First century"; *Crime & Justice*, vol. 42, n° 1: pp. 199-264
- PAWLIK, Michael (2016), "Delito y pena en el derecho penal del ciudadano", en SILVA, Jesús et al (dir.), *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades* (Barcelona, Atelier) pp. 33-79.
- PIÑA, Juan Ignacio (2010), *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad* (Santiago, Legal Publishing).
- POSNER, Richard (2002), *El análisis económico del derecho* (México, Fuente de Cultura Económica).
- ROBINSON, Paul (2003), "The role of deterrence in the formulation of criminal law rules: At its worst when doing its best", *The Georgetown Law Journal*, vol. 91: pp. 950-1001.
- ROBINSON, Paul (2012), *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. Manuel Cancio Meliá y Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons).
- ROXIN, Claus (2008), *Derecho penal parte general*, Tomo I (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remsal, Civitas, reimpresión 1ª edición).
- ORTIZ, Iñigo (2004), "Análisis económico del derecho y política criminal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n° extraordinario 2: pp. 31-73.
- SILVA, Jesús (1996), "Eficiencia y derecho penal", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, Mes 1: 93-128.
- SILVA, Jesús (2011), *La expansión del derecho penal* (Buenos Aires, Euros Editores, tercera edición).
- SILVA, Jesús (2015), *En busca del derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. (Buenos Aires, B de F).
- STERN, Vivien (2010), *Creando criminales. Las cárceles y las personas en una sociedad de mercado* (Buenos Aires, Ad-Hoc).