

DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO

**COMPORTAMIENTO HUMANO
Y PENA ESTATAL: DISUASIÓN,
COOPERACIÓN Y EQUIDAD**

Prólogo de
Fernando Molina Fernández

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	17
NOTA PRELIMINAR	23
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO I. ESBOZO DE LAS TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA	29
1. INTRODUCCIÓN	29
2. TEORÍAS ABSOLUTAS.....	29
2.1. La teoría de la retribución.....	31
2.2. La teoría expresiva	42
3. TEORÍAS RELATIVAS.....	44
3.1. Prevención especial	47
3.1.1. Resocialización.....	52
3.1.2. Inocuidad.....	56
3.2. Prevención general	62
3.2.1. Prevención general social	63
3.2.2. Prevención general jurídica	75
4. CONCLUSIONES.....	85
CAPÍTULO II. EL SER HUMANO Y EL CASTIGO	87
1. INTRODUCCIÓN	87
2. EL ABANDONO DEL SISTEMA ECONOMICISTA PURO	87

	Pág.
2.1. La importancia de las emociones	87
2.2. Emociones, juicios morales y normas sociales.....	90
2.3. Conclusiones parciales	95
3. DOS SENTIMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES.....	95
3.1. El sentimiento de justicia/equidad	96
3.1.1. El juego del ultimátum	96
3.1.2. El juego del dictador	107
3.2. El sentimiento de cooperación condicionada.....	112
3.3. Conclusiones parciales	130
4. SENTIMIENTOS Y CASTIGO.....	134
4.1. Introducción	134
4.2. Justicia/Equidad.....	135
4.3. Cooperación condicionada	141
4.3.1. Perspectiva general sobre el castigo.....	141
4.3.2. Especificidades de la pena: el castigo institucionaliza- do y administrado por un tercero	155
4.3.3. ¿Sanciones informales?.....	161
4.4. Sentimientos y pena estatal	165
4.5. Conclusiones parciales	174
5. CONCLUSIONES.....	177
CAPÍTULO III. ¿QUÉ QUEDA VIVO DE LAS TEORÍAS TRADI- CIONALES DE LA PENA? HACIA UNA VISIÓN PARTICULAR DE LOS FINES DE LA PENA.....	189
1. INTRODUCCIÓN	189
2. NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA AMENAZA DE LA PENA Y DE SU IMPOSICIÓN	194
3. ¿RETRIBUCIÓN?	198
4. JUSTIFICACIÓN DE LA AMENAZA GENERALIZADA DE PENA.....	220
4.1. Introducción	220
4.2. Prevención general social	221
4.2.1. Disuasión.....	224
4.2.2. Prevención general social como mantenimiento de la cooperación.....	242
5. ARGUMENTOS ADICIONALES A FAVOR DE LA IMPOSI- CIÓN DE LA PENA SOBRE UN SUJETO CONCRETO.....	256

	<u>Pág.</u>
6. CUESTIONES TRADICIONALES DE LA TEORÍA DE LA PENA NO ABORDADAS	276
6.1. ¿Prevención especial?.....	277
6.2. Límites a la pena: Justificación de la pena en sentido estricto/ amplio	286
7. CONCLUSIONES.....	296
CONCLUSIONES FINALES	303
BIBLIOGRAFÍA.....	315

PRÓLOGO

No son muchos los debates de la teoría general del Derecho cuya exposición consigue atraer la atención inmediata del no especialista, pero uno de ellos es sin duda el que versa sobre los fines de la pena. El uso del castigo como instrumento jurídico para mantener el orden social es ubicuo en toda sociedad conocida, como lo es la reacción emocional que suscita la comisión de ciertos hechos, y que en la forma cruda de venganza, o sutil de justicia, da pie a dicha reacción punitiva.

Si abordamos la cuestión desde el Derecho penal no se trata ya de un debate más, sino de indagar su propia razón de ser, como queda patente desde su misma denominación. No es extraño que cuando Feuerbach se planteó revisar los conceptos centrales del Derecho penal en su extraordinaria Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, comenzara el tomo primero de la obra, publicado en 1799, con estas palabras: «La correcta determinación de la pena y de la naturaleza de la fuerza penal ejerce el principal influjo sobre el Derecho criminal en general y especialmente sobre la teoría de la denominada imputación de las acciones. Con el examen de estos conceptos debemos, por tanto, comenzar nuestra Revision».

Como corresponde a un tema capital, no son escasos los esfuerzos dedicados a esta cuestión. Con predecible regularidad se publican todos los años trabajos monográficos que la abordan desde las distintas perspectivas que han presidido el debate histórico. Pero el libro que tengo el placer de prologar no es uno más en esta biblioteca, sino que hay buenas razones para pensar que es uno excepcional. Para entender por qué es así, merece la pena hacer un breve repaso de los motivos que hacen tan difícil el problema, y del tipo de respuestas que usualmente se han ofrecido para resolverlo.

Lo paradójico del debate sobre los fines de la pena es que, pese a que sus ingredientes básicos son pocos (han permanecido prácticamente inalterados a lo largo de veinte siglos), y sus combinaciones son limitadas, sigue siendo objeto de enconada controversia. Desde que Platón distinguiera en el Protágoras entre justificaciones basadas en la retribución y en la prevención, este binomio, y sus pormenores (prevención general y especial, positiva y negativa), ha monopolizado el debate. Se han ensayado todas las combinaciones posibles —teorías monistas retributivas, preventivo-generales o especiales; dualistas o multifacto-

riales— pero sin llegar a un acuerdo suficiente, aunque teóricamente nada lo impide. Es verdad que ha habido avances y convergencias —el retroceso de la prevención especial; la extendida creencia de que la prevención general negativa no puede ofrecer una explicación completa de la pena; la poderosa irrupción de las teorías expresivas y de la prevención general positiva, que a la vez entrañan una reivindicación indirecta de la retribución—, pero sigue habiendo demasiadas dudas en un tema al que se ha dedicado tanto esfuerzo.

Una explicación plausible, pero no suficiente, de este desencuentro, sería la propia complejidad instrumental de la pena, con mensajes diversos en diferentes momentos y respecto de distintos sujetos. Pero ni siquiera esto es aceptado de manera indiscutida, y más bien siguen proponiéndose teorías unidimensionales como supuesta solución al problema.

Desgraciadamente, lo más probable es que el escaso acuerdo tenga raíces más profundas, y resida en una carencia, que casi parece estructural en los análisis en ciencias sociales y particularmente en Derecho: la renuncia a admitir el único fiel, objetivo, externo, que permite resolver las disputas. En las ciencias naturales —en realidad debería decirse en cualquier actividad que merezca ser llamada ciencia—, las discrepancias se resuelven apelando a la realidad, y por eso los debates solo persisten mientras desconocemos algún aspecto esencial de esta. Aunque el relativismo posmoderno ha diseminado también su tinta sobre la ciencia en general, lo cierto es que en la práctica ningún científico natural discute seriamente que sus tesis valen tanto como su capacidad explicativa de la realidad. Por eso las teorías de Ptolomeo, Newton o Einstein no son paradigmas equivalentes. Aunque todas tengan un mérito histórico similar, en el estado actual del conocimiento las posteriores son sencillamente mejores que las anteriores, y por ello en ninguna universidad se explica hoy como válido el modelo geocéntrico.

En Derecho, sin embargo, todavía son abundantes los trabajos que practican esa singular versión de lo normativo que consiste en no prestar atención a la realidad, ni, por ello, a las aportaciones de otras ciencias, olvidando que todas ellas se integran en un único y necesariamente coherente corpus. Esto propicia que los debates se estanquen una y otra vez, porque todas las posiciones reclaman, con razón, idéntica plausibilidad normativa. Frente a ello, afortunadamente cada vez con más frecuencia, no son pocos quienes creen que las ciencias sociales participan del mismo método de análisis y del mismo objetivo que las demás, y por eso no solo no desdeñan las ayudas que proceden de otras ramas del saber, sino que las buscan conscientemente y se apoyan en ellas.

En esta corriente se ubica de una manera especialmente decidida, y brillante en sus resultados, el trabajo de Daniel Rodríguez Horcajo. Si la pena, como reacción frente a la comisión de hechos socialmente graves, es una institución universal, su aparición y pervivencia histórica debe poder explicarse por las ventajas evolutivas que ofrece en la configuración de los grupos humanos. Se

trata de un instrumento adaptado a un fin, y por ello lo primero que debe determinarse es qué es capaz de hacer, cómo funciona de hecho. Solo la respuesta a esta primera pregunta permitirá después determinar en un segundo momento cuáles de estas capacidades instrumentales queremos —ahora sí de forma teleológica—, propiciar o atenuar, configurando el sistema punitivo a imagen de este modelo. Pero el discurso habitual en la ciencia jurídica no sigue esta secuencia, sino que mayoritariamente olvida el primer paso y avanza directamente al segundo, asignando normativamente a la pena funciones que nos gustaría que cumpliera, pero sin reparar en si puede realmente hacerlo. Y muchas veces, desgraciadamente, no puede, con lo que se edifica en el aire. Así que la tarea del investigador en este tema debe necesariamente empezar aclarando cómo funciona de hecho la pena, y a ello se dedica una parte sustancial, y muy novedosa, de esta obra.

Para llevar a cabo su investigación, el autor se vale de un apasionante arsenal de estudios empíricos, desarrollados y aplicados en otros ámbitos del saber, como la economía o la psicología social, que han analizado pormenorizadamente las actitudes de los participantes en entornos cooperativos, y que ponen de relieve de modo claro la doble impronta, racional y emocional, que guía nuestras acciones, que nos lleva a cooperar de forma altruista solo si se dan ciertas condiciones de equidad y reciprocidad. Y es en ese entorno donde el castigo adquiere su protagonismo instrumental, con un doble cometido: disuadir al que se aprovecha de la cooperación ajena sin aportar lo que le corresponde (al denominado free-rider), y reafirmar en los cooperadores las ventajas a largo plazo de esta estrategia. Expresado de otra manera, los citados trabajos muestran que las ventajas evolutivas de la colaboración entre individuos se logran mediante una equilibrada combinación de emociones positivas, que nos llevan a cooperar de manera espontánea en entornos equitativos siempre que recíprocamente los demás también lo hagan, y de emociones negativas, que nos impelen a retribuir con un mal a los que se apartan de dicha cooperación.

La traslación de este persuasivo esquema explicativo a la pena estatal resulta sencilla, y el autor dedica la parte final de su obra a este cometido. Y el esquema que sale de aquí no solo está sólidamente fundado en la evidencia disponible, sino que confirma una buena parte de las intuiciones que ha dejado el proceso histórico de debate sobre la pena.

Así, lo primero que se demuestra es que la pena es una institución imprescindible para conformar sociedades (en realidad, cualquier estructura cooperativa compleja entre seres humanos), algo que a nadie extrañará a estas alturas, pero que instrumentalmente opera de una forma también compleja: distinta en los diferentes momentos que pueden distinguirse en su vida (básicamente en la amenaza o conminación legal y en la imposición), y también distinta, y esto es más novedoso, según la posición del destinatario (cooperador o free-rider). Por eso ninguna teoría monista está en condiciones de explicar satisfactoriamente su funcionamiento.

La retribución, porque hay en ella una contradicción insuperable de base: no puede ser un fin de la pena algo cuya razón de ser es negar precisamente que la pena pueda tener fines que vayan más allá de su propia imposición —mal sobre mal, por tanto—. Pero su irreductible supervivencia, pese a que cíclicamente se declara su defunción (ingenuamente hablaba Klug de la «despedida de Kant y Hegel»), parece apuntar a que desempeña un papel esencial en la comprensión de lo que es la pena. Y el trabajo de Daniel Rodríguez Horcajo confirma esta hipótesis mostrando el aspecto emocional de la retribución como marcador somático que propicia estrategias cooperativas. Lo que podría expresarse señalando que la retribución es un instrumento emocional surgido evolutivamente para alcanzar una adecuada prevención general.

La prevención especial, porque no ofrece explicación alguna a una parte esencial de la vida de la pena, la conminación legal. A ello se suma, al menos en su versión más conocida (la resocialización), la falta de suficiente evidencia que la apoye. Si algún autor pudo concluir que en la resocialización «nada funciona» es porque, en la realidad, la pena es un pobre instrumento para la resocialización. Más bien es útil para lo contrario, y por eso el mandato constitucional de resocialización debe razonablemente interpretarse como una limitación de la pena (en su clase, duración, ejecución) para evitar sus efectos desocializadores, y como una apuesta por las auténticas medidas resocializadoras que, no es extraño, solo pueden funcionar atemperando los rigores de la pena.

La prevención general negativa porque, pese a su plausibilidad, simplifica las cosas excesivamente, y reduce el comportamiento humano en esta materia a uno de sus componentes más básicos (compartido con otros seres vivos), el rechazo del dolor, y pasa por alto mecanismos de socialización más elaborados, propios de un ser con una mente tan compleja como la nuestra. Sin embargo, el trabajo a la vez reconoce lo que para muchos siempre ha sido obvio: que la disuasión es parte esencial de la naturaleza instrumental de la pena.

La prevención general positiva y las teorías expresivas, en fin, por lo contrario, por pensar que solo somos «sublimes» y no también, y antes de nada, naturaleza, y negar contra toda evidencia que algunos casi siempre, y todos en algún momento, dejamos de cometer hechos prohibidos solo porque nos van a sancionar si lo hacemos (todos podemos actuar alguna vez como free-rider). Algunos planteamientos normativos, en cuyas construcciones la realidad es apenas un epifenómeno, se olvidan de que la pena causa dolor; aún más, que consiste en causar dolor, y ello requiere una explicación que resulta sencilla en las teorías de la prevención general negativa, pero que requiere un esfuerzo especial de análisis en las positivas. Así que erigir la prevención positiva en el fin único de la pena resulta desacertado porque mutila una parte esencial del mecanismo instrumental de la pena. Pero, a la vez, la obra muestra que la aparición de estas teorías no opera en el vacío, si se entienden como parte de la explicación global de la pena y no como concepciones excluyentes: la pena emite también un mensaje de reafirmación de la norma dirigido a los ciudadanos que

eligen cumplirla para que persistan en su actitud, mensaje que, sin embargo, no se queda en lo meramente simbólico, sino que requiere la correspondiente disuasión y ulterior castigo del posible infractor. Así que incluso la prevención positiva acaba descansando de alguna manera en la negativa: la pena no deja de ser un mal doloroso.

En un momento de la obra, el autor confiesa su confianza en que estudios como el que lleva a cabo puedan terminar generando un consenso mayoritario que acabe, o al menos atempere, la polémica sobre los fines de la pena. No puedo estar más de acuerdo con él. Muchos tildarán esta esperanza de ingenua, argumentando que en Derecho las discrepancias doctrinales no se resuelven, pero esto solo es cierto para quien postule la singularidad de lo jurídico en el mundo científico. Si, por el contrario, en la línea en la que empezaba este prólogo, se admite que las ciencias sociales son una rama más de la ciencia global, con su mismo método y sus mismas servidumbres con la realidad, también las disputas jurídicas pueden resolverse haciendo mejor ciencia, como la que contiene a raudales esta obra. Así que no solo es cierto que puede ofrecerse una mejor explicación de la pena, que supere propuestas anteriores, sino que creo que esta obra contribuye de manera decisiva a ello y permite afirmar que la definitiva resolución del problema de los fines de la pena está cada vez más cerca. Desde el momento de su publicación va a ser imposible abordar materia tan nuclear sin tenerla presente como la obra de referencia.

Prologar esta obra supone para mí motivo de la mayor satisfacción, y también de indisimulado orgullo. Ya desde su etapa de alumno de licenciatura, Daniel Rodríguez Horcajo mostró en grado sumo las mejores virtudes del investigador: pasión por los retos intelectuales; curiosidad para ensayar nuevas aproximaciones, y rigor en la obtención y procesamiento de la información. Su posterior incorporación como profesor a la Universidad Autónoma de Madrid corroboró brillantemente lo que prometía, y este libro es el fruto feliz de todo ello. Que además sea un profesor vocacional y una excelente persona no hace más que confirmar la fortuna de quienes trabajamos a su lado.

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

NOTA PRELIMINAR

El contenido de este libro coincide en muy buena medida con el del trabajo que presenté para obtener el título de Doctor en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid un soleado 20 de noviembre de 2015. El tribunal evaluador estuvo compuesto por los Profs. Dres. Rodríguez Mourullo, Silva Sánchez, Peñaranda Ramos, Greco y Martínez Garay, que otorgaron al mismo la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad y la mención internacional del doctorado. Ellos tienen que recibir mis primeros agradecimientos, por su disponibilidad y por sus acertadas críticas, que han mejorado sustancialmente el resultado de esta larga empresa.

También debo agradecer aquí a los Profs. Dres. Schünemann, Hörnl y Sieber, por haberme recibido generosamente en distintas estancias de investigación en Alemania y haber aportado su granito de arena (en algunos puntos, ladrillos enteros) a este trabajo. Lo mismo sirve para todos mis compañeros de la Facultad de Derecho de la UAM, y especialmente, para todos y cada uno de los miembros del Área de Derecho penal de la misma. Su magisterio y disponibilidad hacen que cada día sea más divertido que el anterior, y que la expectativa de que el siguiente superará al presente esté más que bien fundada.

La deuda con mi maestro, el Prof. Molina Fernández, no se puede listar ni pretender saldar en una nota preliminar. Le debo la vocación, la curiosidad y la pasión por la Ciencia. Su grandeza de miras y su ánimo permanente han hecho que también este velero, que ha cruzado alguna tormenta y que ha pasado por días de calma desesperante, haya atracado en puerto (¡por fin!), y que ahora podamos pensar en aprender nuevas cartas y echarnos a otros mares.

A mis camaradas universitarios, Mario Maraver, Mariona Llobet, Gonzalo Basso, Ana Garrocho, Gemma Minero, Laura Pozuelo, Camila Correa y Leopoldo Puente, por escrito, les digo lo que siempre pienso: sin vosotros en despachos cercanos esta aventura habría sido peor. Igualmente sucede con todos mis amigos, que hacen de mis inquietudes y mis desvelos algo mucho más llevadero, y me permiten vivir en un círculo del que espero no salir nunca.

Y este final no habría sido sin mi familia, y especialmente sin mis padres, que han dado todo (literalmente, más de lo que había) para que un chico de

barrio haya aprendido, viajado y soñado. No puedo devolver todo lo que ya he recibido de ellos (los años de tres o cuatro vidas no bastarían), pero al menos quiero reconocer la deuda públicamente, por si eso ayuda a que ellos sigan siendo tan infinitamente generosos como siempre.

A Irene solo me queda decirle que aquí tenemos un ejemplo de que todo pasa (con todas las letras) y que nada más le resta ser tan paciente como lo ha sido conmigo durante todo este tiempo. Te prometo que, aunque *yo sólo puedo luchar contra la fuerza de los hombres*, vamos a conseguir lo impensable. Por supuesto, *el fin del mundo*, querida compañera, *nos pillará bailando*.

INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial de un Estado dicta miles de sentencias en su jurisdicción penal a lo largo de un año. Además, mientras que algunas de ellas se enfrentan a casos relativamente sencillos y de una trascendencia menor, muchas otras enjuician delitos muy graves y que, por tanto, suponen o pueden suponer para los acusados privaciones de libertad por un plazo muy dilatado de tiempo. Pero socialmente todo ello es visto como algo normal o habitual, y en contextos no jurídicos poca gente se para a pensar en por qué el Estado reacciona así frente a determinadas conductas, o si dicha actuación estatal puede ser considerada como justificada. La pena y su aceptación son realidades que parecen estar fuera de discusión. Sin embargo, y a pesar de esa ausencia de reflexión, lo cierto es que hay dos hechos que resultan relevantes en la vida de cualquier ciudadano. Por un lado, todos los Estados mínimamente desarrollados tienen un sistema de justicia penal (y todos, además, coinciden a la hora de determinar el núcleo duro de los comportamientos prohibidos y castigados). Por otro, aquellos Estados que tienen un sistema de justicia penal funcional y suficientemente transparente son Estados estables en los que la mayoría de la población vive con un nivel razonablemente alto de libertad y seguridad, mientras que la ausencia de este sistema, aunque sea temporal, lleva a las sociedades a situaciones que se alejan considerablemente de la idea de convivencia pacífica.

Por su parte, la doctrina jurídico-penal sí que ha promovido una reflexión sosegada y profunda acerca de esta cuestión, como punto inicial a partir del cual crear una explicación coherente de todo el Derecho penal. Sin embargo, tras más de dos milenios de estudio, no se puede decir que esta discusión esté cerrada ni que existan argumentos decisivos a favor de una u otra teoría de la pena (aunque lo cierto es que algunas de ellas sí que han quedado reducidas a una mera reliquia en la discusión actual —por ejemplo, todas aquellas teorías de corte religioso que no tienen sentido ya en los Estados liberales herederos de la Ilustración—). Además, los paradigmas tradicionales del estudio de esta materia (a grandes rasgos, las teorías retributivas, las de la prevención general y las de la prevención especial) empiezan a mostrar algunos signos de agotamiento, mientras que visiones más modernas (como las teorías expresivas o las del *fair play*) no acaban de parecer suficientes para justificar la institución penal en su conjunto. A la par, los autores partidarios

de cada una de las teorías de la pena parecen hacer más por derribar a los «contrincantes» que por construir puentes hacia un entendimiento razonable y aceptable por todos, cuando parece claro ya que si algo tiene sentido es defender una teoría de la pena tan compleja (y, por tanto y al menos de entrada, tan poco excluyente de la diversidad) como lo son sus receptores. Así las cosas, y mientras que la reflexión continúa sin visos de solución, cada vez parece más necesario explorar nuevas aproximaciones al problema como apuesta para desbloquear esta situación. Es eso lo que pretende este trabajo.

Para ello, la primera parte del mismo se dedica a realizar una exposición muy breve del estado de la cuestión y de las distintas posiciones que se han sostenido y se sostienen en la doctrina acerca de las teorías de la pena. En ella, las referencias son casi exclusivamente los manuales más difundidos y las obras clásicas o modernas de especial trascendencia. Por otra parte, en la misma se ha intentado hacer especial hincapié en las teorías de la pena que, por generarse en círculos que hasta hace poco eran bastante desatendidos, son menos conocidas y trabajadas por la doctrina española. Eso explica que en determinados momentos de esta parte las referencias sean mucho más específicas y, en esa medida, exista un cierto desequilibrio en las fuentes. En todo caso, veremos cómo la conclusión en este punto es la anunciada con anterioridad y pasa por aceptar que todavía no tenemos una solución pacífica a este problema, pero que la necesidad de la misma sigue siendo máxima.

La segunda parte del trabajo responde al intento de acercar los conocimientos que sobre el comportamiento humano (y, en especial, en relación con el castigo) se han desarrollado en otras ciencias, para buscar allí nuevas herramientas con las que facilitar el avance de la cuestión de los fines de la pena. Como veremos, resultará especialmente relevante estudiar la influencia de los sentimientos y las emociones en el comportamiento humano, y, particularmente, la de los sentimientos de equidad y de reciprocidad. Los experimentos con los juegos del dilema del prisionero, del ultimátum, del dictador o de bienes públicos nos ayudarán a ello, devolviéndonos resultados llamativos sobre el comportamiento humano (veremos, por ejemplo, muestras de «puro» altruismo, o la confluencia de conductas abiertamente antieconómicas con otras de marcado economicismo). Ellos pondrán en cuestión, al menos desde alguna de sus conclusiones, modelos tradicionalmente aceptados como el del *homo economicus*, y permitirán finalizar con una explicación de la racionalidad de la conducta humana en unos términos parcialmente distintos, aunque sin llegar a afirmar que exista fundamento para considerar probada la irracionalidad subjetiva. Todo esto, unido al estudio de la posición que la sociedad guarda en relación con el castigo estatal y su distribución (y que parece tener una base profundamente retributiva), nos aportará mucha información novedosa y útil a la hora de construir una nueva perspectiva desde la que abordar nuestro objeto final de estudio (para resultar más accesible, toda esa información ha sido resumida de manera

esquemática al final de cada epígrafe de esta parte en forma de conclusiones parciales). Pero, por lo pronto, se debe afirmar aquí algo que resulta ser uno de los pilares de esta investigación: si el comportamiento humano no puede seguir siendo visto como tradicionalmente lo era, la visión sobre el castigo estatal tampoco puede permanecer inmutable. Y ese cambio de perspectiva es fundamental para construir una justificación de la pena más exitosa.

Para concluir, la tercera parte del trabajo pretende, ya con una utilización mucho más profusa y específica de las fuentes jurídico-penales, ofrecer una síntesis entre las dos anteriores, de tal modo que, teniendo en cuenta la nueva información disponible sobre el comportamiento humano, se puedan descartar ciertas teorías de la pena y, simultáneamente, defender aquellas que se consideran más acertadas. Veremos que, a pesar de las diferencias que se puedan observar en principio, el estudio del comportamiento humano no aporta novedades radicales con relación a lo que ya había sido asumido (generalmente de una manera intuitiva) por cierta parte de las justificaciones de la pena, que por eso ahora deben ser defendidas con mayor sustento frente a otras cuya base debe considerarse desaparecida por completo. Utilizando esta nueva materia prima, el trabajo concluirá con una defensa fuerte de lo que podría denominarse *prevención general social* (que opera a través de la disuasión y el fortalecimiento de la cooperación intersubjetiva) como fin principal de la amenaza de la pena, y de la idea de *fair play* como argumento para justificar la imposición de la pena sobre determinados sujetos. También se aportará una explicación a la posición que las teorías retributivas han ocupado tradicionalmente en esta discusión y a la que deben ocupar ahora, aunque, eso sí, desde una perspectiva consecuencialista.

Con todo ello, se pretende al menos una agitación de los foros clásicos de discusión aportando una visión que, sin separarse de parte de lo tradicionalmente aceptado, permita la entrada de algo de aire fresco en una habitación con el ambiente un tanto enrarecido, y la construcción de una nueva forma de abordar problemas tan antiguos como la propia convivencia social. Este trabajo, en fin, quiere ser un nuevo camino que haga fonda solo en algunos de los lugares comunes de las teorías de la pena (y solo en aquellos que todavía pueden ser considerados como dignos de visita), evitando que el uso de las calzadas construidas hasta el momento nos lleve, una y otra vez, a pasar por los mismos sitios para acabar en el mismo punto muerto. La construcción de esta nueva senda, en todo caso, buscará siempre el cimiento que aportan las ciencias vecinas del Derecho penal, y, en esa medida, al menos pretende ser inmune a las grietas que pueda producir el tránsito sobre ella y el paso del tiempo.

Y como se puede percibir desde ya, lo que se inicia en estas páginas es también una forma distinta de abordar el estudio del Derecho penal, poniéndolo en relación con realidades observables y separándolo de argumentos normativos (al menos en la medida en que los mismos no descansen

en las primeras). Una posición como esta es tremendamente habitual en muchas ciencias, aunque lo cierto es que en nuestra disciplina estudios así siguen siendo una rareza. Esto, creemos, solo puede ser cuestión de tiempo. Un planteamiento así también recibió críticas y sufrió fuertes resistencias en todos los campos del conocimiento, pero poco a poco va venciendo en cada uno de ellos. El Derecho, y en particular el Derecho penal, no puede ser una excepción. Lejos de seguir considerando que olvidar posturas deontológicas y normativas hace que el estudio jurídico desatienda una característica esencial del ser humano (llámese, por ejemplo, moralidad), creemos que lo que más «humaniza» al Derecho es su anclaje en cuestiones fácticas observables y analizables. Un «Derecho no normativo» no «deshumaniza» al hombre, sino que se convierte en algo más humano. Por tanto, perdamos el miedo y no nos fijemos en lo que un planteamiento como este «nos hace perder» (que realmente es nada), sino en todo lo que nos permite ganar (un entendimiento científico de la realidad como presupuesto para una mejor regulación y ordenación de la misma).

Con todo esto por adelantado, solo queda entonces cursar al lector una invitación humilde y sincera al paseo por este nuevo camino, y esperar al final del mismo para escuchar las crónicas de los viajeros. De sus dificultades se obtendrán mejoras, y de las mejoras disfrutaremos todos.

CAPÍTULO I

ESBOZO DE LAS TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA

1. INTRODUCCIÓN

Realizar un esbozo sobre las distintas teorías de la pena es una tarea digna de un trabajo *ad hoc*. Por no ser estrictamente la pretensión de este estudio, nuestra aportación en este punto es necesariamente brevísima. Fundamentalmente en esta introducción se pretende crear una caja de herramientas que sea útil para el desarrollo posterior de nuestro trabajo. La misma se va a caracterizar por una selección subjetiva (y siempre parcial) de los autores tratados, unida a un intento de poner en valor teorías que son normalmente más obviadas en el continente europeo y, particularmente, en España (aunque esto suceda cada vez menos). La misma se basa en la manualística nacional e internacional más común, junto con monografías clásicas o de referencia actual.

El planteamiento no será especialmente original al menos en este punto inicial (aceptaremos, por el momento, la máxima de Naucke: «El problema de la explicación y legitimación de la pena es tan antiguo que sería ocioso buscar una nueva solución»¹). Desarrollaremos en primer lugar las teorías absolutas de la pena, y posteriormente las teorías consecuencialistas. En dicha elaboración, haremos referencias circunstanciales a teorías eclécticas, por lo que no se dedicará un epígrafe específico a ellas (entendiendo además que las mismas no suponen demasiada innovación con respecto a cada una de las teorías que pretenden unificar, de tal modo que merecen las críticas y alabanzas que merezcan cada una de las visiones que fusionan).

2. TEORÍAS ABSOLUTAS

Dentro de los distintos intentos de justificación de la pena, un conjunto amplio de argumentos se agrupa en torno a las denominadas teorías abso-

¹ W. NAUCKE, *Introducción*¹⁰, 2002, p. 39, § 138.

lutas. Se las denomina así para conseguir, fundamentalmente, dos objetivos. Por un lado, el de expresar claramente la carencia de cualquier finalidad ajena a la propia existencia e imposición de la sanción penal misma², separándose de criterios de utilidad para aferrarse a una exigencia categórica de justicia³ [«no (asignan) ninguna función que trascienda al castigo merecido por haber cometido el delito»⁴, y, por tanto, la función de la pena «consiste en infligir un mal a quien ha infligido un mal»⁵; «[e]sta teoría es un intento no de explicación causal, sino de legitimación de la pena (por ello teoría absoluta, es decir, no subordinada a ningún fin)»⁶; «la utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma»⁷]; por otro, el de distinguirlas meridianamente de las teorías relativas (es decir, orientadas a la consecución —siempre relativa— de un objetivo ajeno al propio castigo).

Teorías absolutas hay demasiadas o demasiado pocas, según cómo se sea de estricto en su calificación, pero, a grandes rasgos, se pueden distinguir dos corrientes básicas que merecen un análisis más en detalle: las teorías retributivas y las teorías expresivas de la pena⁸.

Solo dentro de una parte de las teorías absolutas, dentro de las teorías retributivas, Cottingham llegó a identificar nueve posturas distintas y, como se puede observar, no todas apegadas al criterio de pena absoluta: retribución como pago/devolución; retribución como merecimiento; retribución como castigo por la comisión de un delito; retribución como garantía (permitiendo solo el castigo al delincuente culpable); retribución como satisfacción de los demás miembros de la sociedad, fundamentalmente de su sentimiento de venganza; retribución como castigo a aquel que, abandonando el *fair play*, obtiene ganancias ilícitas por su conducta delictiva; retribución como descarga de la tolerancia del delito por parte de la sociedad; retribución como forma de anular el delito y restablecer el derecho; y retribución como denuncia, especialmente enfática, por parte de la comunidad de la comisión de un delito⁹.

Por su parte, ya Feuerbach distinguía entre dos modelos absolutos distintos: la teoría absoluta de la pena como teoría de la compensación/réplica o como

² J. FIGUEIREDO DIAS, *Parte Geral*², 2007, § 4, p. 45; G. FREUND, *AT*², 2009, § 1, p. 2, n. 4; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *PG*⁹, 2015, p. 33; S. MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, pp. 85-86, párr. 8; U. KINDHÄUSER, *AT*⁷, 2015, § 2, p. 38, par. 9.

³ G. STRATENWERTH y L. KUHLEN, *AT*⁶, 2011, p. 4, § 4; W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 2012, pp. 165-166; H. FRISTER, *AT*⁶, 2013, p. 19, par. 2; E. PEÑARANDA RAMOS, *La pena*, 2015, p. 262.

⁴ E. PEÑARANDA RAMOS, *La pena*, 2015, p. 262.

⁵ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena*, 2002, p. 103.

⁶ W. NAUCKE, *Introducción*¹⁰, 2002, p. 40, § 139.

⁷ E. BACIGALUPO, *PG*², 1999, § 1, p. 32, par. 8.

⁸ Hay que destacar aquí que la mayoría de la doctrina identifica teorías absolutas con teorías retributivas, lo que no es siempre una conexión necesaria (así, por ejemplo, C. ROXIN, *AT*⁴, 2006, pp. 70 y ss., § 3A, párrs. 2 y ss.; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *PG*⁴, 2010, pp. 52 y ss.; G. STRATENWERTH y L. KUHLEN, *AT*⁶, 2011, pp. 4 y ss., §§ 4 y ss.; E. PEÑARANDA RAMOS, *La pena*, 2015, pp. 262 y ss.; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *PG*⁹, 2015, pp. 33-34).

⁹ J. COTTINGHAM, *Phil. Quart.*, 1979, pp. 238-245.

teoría de la justicia. A su vez ambas albergan posturas parcialmente distintas. Dentro de la teoría de la compensación, la pena puede ser vista como medio para alcanzar la retribución moral o la retribución jurídica; como forma de restablecer la armonía perturbada por el delito; como castigo idéntico y en respuesta al mal causado; como expiación del pecado; o como restauración del Derecho frente a la voluntad particular del delincuente. Dentro de la teoría de la justicia, la pena puede verse como exigencia de un imperativo categórico para satisfacer las demandas de justicia; como consecución de la justicia mediante un castigo proporcional al comportamiento del delincuente; como imitación de la justicia divina; o como forma de proteger y preservar el ordenamiento jurídico basado en la idea de justicia¹⁰.

2.1. La teoría de la retribución

Se habla de retribución para unir esta explicación de la pena a criterios de culpabilidad y merecimiento de reproche¹¹, de modo que la pena sería la forma de saldar la culpabilidad en la que el delincuente habría incurrido por la comisión del hecho ilícito reprochable¹² y realizar (o restablecer) de este modo la justicia¹³.

Hablar de teorías absolutas significa (dejando de lado su posible fundamentación religiosa)¹⁴ hablar de la filosofía de Kant, ya que es quizá el único teórico que mantuvo una teoría retributiva pura (con una «fundamentación ética»)¹⁵. Para este autor, que parte del tradicional presupuesto contractualista predominante en el siglo XVIII¹⁶, «la pena judicial (*poena forensis*) [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los

¹⁰ P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch*, 1847, pp. 31-33, § 7.

¹¹ S. MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, p. 84, párr. 3.

¹² La doctrina alemana más habitual usa un concepto, en parte distinto, para calificar a estas teorías. Se habla normalmente de *Vergeltungstheorien* (por todos, C. ROXIN, *AT*⁴, 2006, pp. 70-73, § 3A, párrs. 2-10) que podría ser traducido al castellano por «teorías de la revancha» o «teorías de la venganza». Realmente, los conceptos de retribución («recompensa o pago de algo»; véase RAE²²) y venganza («satisfacción que se toma del agravio o daño recibidos»; véase RAE²²) no son exactamente sinónimos. Mir Puig los separa tajantemente: «Retribución no es venganza, aunque a veces ambas cosas se confunden. La retribución se presenta como una exigencia objetiva de Justicia: reclama la pena para que se haga Justicia. La venganza, en cambio, se mueve en el plano de las emociones, busca satisfacer una necesidad emocional de la víctima o allegados, busca la satisfacción que produce en ellas conseguir que el delincuente sufra por lo que hizo» (S. MIR PUIG, *Bases constitucionales*, 2011, p. 34).

¹³ S. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, 1976, p. 63; *id.*, *PG*¹⁰, 2015, pp. 85-86, párr. 8; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *PG*⁴, 2010, p. 52; A. ASHWORTH, *Criminal Law*⁷, 2013, p. 17; R. RENGIER, *AT*⁷, 2015, pp. 10-11, § 10.

¹⁴ Cfr. S. MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, pp. 84-85, párr. 4.

¹⁵ S. MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, p. 85, párr. 5; E. PENARANDA RAMOS, *La pena*, 2015, p. 262.

¹⁶ I. KANT, *Metafísica*, 1797, pp. 141-147, §§ 43-48.

objetos del derecho real»¹⁷. La pena, así entendida, es un imperativo categórico, y, por tanto, solo puede mirar al pasado¹⁸ y castigar en el momento presente siguiendo criterios de justicia («porque si parece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobra la tierra») ¹⁹, haciendo que el delito (como manifestación de la injusticia) recaiga sobre la persona que merece reproche (el delincuente) y no sobre el resto de la sociedad (sobre la que recaería la conducta injusta si no reclamase un castigo a la misma, y a la que, en ese caso, se podría ver como «cómplice de esta violación pública de la justicia»²⁰).

Con este planteamiento Kant se separa de la raíz misma del pensamiento retributivo, que se encuentra en la doctrina religiosa, especialmente del cristianismo, y que encontraba el fundamento del castigo en la expiación del pecado cometido por el delincuente en el momento mismo de la comisión del ilícito penal.

Esta idea de igualar transgresión del Derecho y pecado aparece, como no podía ser de otra manera, en distintos pasajes del Antiguo Testamento (por ejemplo, en relación con la celebración de juicios imparciales no se distingue entre el culpable y el malvado —«no intervengas en causas injustas y no hagas morir al inocente y justo, porque yo no absolveré al malvado»²¹—). Es más, ciertos delitos aparecen ya definidos en el Decálogo de comportamiento que Dios ofrece al pueblo de Israel una vez fuera de Egipto («No matarás. No cometerás adulterio. No robarás»²²). La pena aquí funcionaría de una única forma: restauraría la Justicia divina mediante la extinción del pecado. Y la pena que hace esto es la que es idéntica al delito («vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe»²³) y que, en todo caso, es de imposición obligatoria²⁴. Bien es verdad que no todos los pasajes son coherentes con este común entendimiento de la retribución cristiana, ya que en algunos momentos la pena que el Antiguo Testamento apareja a concretos pecados es más gravosa que el resultado, al menos que el resultado objetivo, del pecado/delito en cuestión²⁵, y, en otros momentos, lo que prescribe no es ya la aplicación de una pena justa, sino una actuación vengativa sin límites²⁶.

¹⁷ *Ibid.*, p. 166, § 49, párr. 331.

¹⁸ Distingue Kant así entre lo que él denomina «justicia penal» y «prudencia penal», siendo la primera una cuestión moral basada en la máxima «*quia peccatum est*», y la segunda una cuestión pragmática y basada en la máxima «*ne peccetur*» (véase I. KANT, *Metafísica*, 1797, p. 206 —Apéndice, núm. 5, párr. 363—).

¹⁹ *Ibid.*, p. 167, § 49, párr. 332.

²⁰ *Ibid.*, p. 169, § 49, párr. 333.

²¹ *Éxodo*, 23, 6.

²² *Ibid.*, 20, 13.

²³ *Ibid.*, 21, 23; también *Levítico*, 24, 17, y *Deuteronomio*, 19, 21.

²⁴ Véase por ejemplo, *Números*, 35, 31.

²⁵ Uno de los ejemplos más llamativos se encuentra en *Levítico*, 20, 10-21, donde prácticamente todas las conductas sexuales ajenas al sexo entre varón y mujer casados entre sí, son castigadas con la muerte.

²⁶ Por ejemplo, *Génesis*, 34, 25-31; *Números*, 31.