

Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 350 págs.

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
Universidad de Oviedo

1. Los fines de las penas y las ciencias del comportamiento: una actualización imprescindible

El libro que hoy comento constituye el fruto de la tesis doctoral del autor y, en esencia, consiste en una revisión de las teorías acerca de los fines justificables de las penas a la luz de la evidencia empírica acerca de las características psicosociales del comportamiento humano que los estudios más recientes (desarrollados en áreas científicas como la Economía experimental, la Psicología social y la Sociología, incluyendo un uso elaborado de la teoría de juegos) han venido a poner de manifiesto.

En este sentido, hay que empezar destacando la importancia de revisiones como la que este libro acomete. Pues, en efecto, en pleno siglo XXI, a la vista del desarrollo que las ciencias del comportamiento han venido experimentando a lo largo de los últimos cien años, parece inaceptable seguir discutiendo sobre los fines de las penas y sobre la función del Derecho Penal en un plano puramente filosófico, ético y/o político (como inevitablemente tenían que hacerlo todavía no solamente I. Kant o G. W. F. Hegel, sino incluso los penalistas alemanes de la primera mitad del siglo XX). Hoy, discutir racionalmente sobre cualquier actuación estatal, sobre cualquier política pública (y, sin duda, la conminación, imposición y ejecución de penas son instituciones que forman parte de dichas políticas), exige hablar sobre lo que sabemos ya —y detectar qué es lo que aún nos falta por saber— acerca de los efectos individuales y sociales de las mismas.

Así, en su revisión, Daniel Rodríguez Horcajo pone de manifiesto cómo las investigaciones más recientes en ciencias de la conducta han

venido a proporcionarnos evidencia acerca de varios fenómenos notables y máximamente relevantes para nuestro tema:

- En primer lugar, se ha demostrado sin ningún género de dudas que la capacidad para el pensamiento racional del individuo humano es limitada, condicionada como está por un amplio elenco de sesgos y de heurísticas automatizadas que, aunque en términos generales proporcionen una ventaja evolutiva a la especie (puesto que permite percibir y decidir de manera rápida y, la mayor parte de las veces, óptima), provocan en casos particulares numerosos déficits de racionalidad en la forma en la que los individuos conocen y deciden.
- En segundo lugar, ha quedado claro también que la tradicional (en el pensamiento occidental) separación entre racionalidad y emocionalidad carece de fundamento empírico alguno, puesto que las componentes emocionales (muy condicionados, además, por consideraciones de orden social) atraviesan todos y cada unos de los actos de conocimiento teórico y de decisión práctica que los seres humanos llevamos a cabo.
- Por fin, en tercer lugar, ha quedado desmentida la teorización del *homo economicus* como modelo predominante de comportamiento humano. Por el contrario (y dejando ahora de lado la cuestión metodológica —importante para la ciencia económica, pero no tanto para el resto de las ciencias de la conducta— de si es posible seguir creando modelos explicativos de la actividad económica que presupongan agentes radicalmente autointeresados), lo que la evidencia empírica parece mostrar es más bien que el comportamiento humano grupal se basa en el principio de la cooperación condicionada intragrupal (aunque no necesariamente intergrupal): cooperar de manera generalizada con el resto de los miembros del grupo mientras la reciprocidad parezca asegurada, intentar preservar la cooperación mediante la imposición y respeto a reglas de cooperación justa y la sanción a los sujetos que las infringen. Solamente cuando esta dinámica de cooperación (reforzada por reglas y por sanciones) fracasa se procede a abandonar la cooperación.

2. ¿Es posible deducir una teoría sobre los fines de las penas a partir de la evidencia científica?

Cabe preguntarse, no obstante, cuáles son las consecuencias que, a partir de este conocimiento científico acerca del comportamiento humano, cabe extraer cuando se trata de discutir acerca de los fines justificables de las penas (de la conminación con penas, de la imposición

de penas y de la ejecución de las penas impuestas). (Rodríguez Horcajo destaca, muy acertadamente, que en realidad cada una de estas prácticas produce efectos diferentes, por lo que las cuestiones de su justificación y de su racionalidad deben ser examinadas por separado. Él, sin embargo, concentra especialmente su interés en la práctica de conminar con penas las conductas infractoras, dedicando menos atención a la práctica de imponer penas en el proceso penal y prácticamente ninguna a la etapa de ejecución de las penas.)

En efecto, no existe una vía obvia a través de la cual pueda traducirse necesariamente en tesis (normativas) acerca de los fines de la práctica de conminar con penas a la ciudadanía el conocimiento (descriptivo) acerca de cómo es el comportamiento humano grupal. Por el contrario, yo diría (en contra de lo que Rodríguez Horcajo sostiene) que el conocimiento sobre cómo es realmente el comportamiento humano tan solo nos ayuda (¡y ya es mucho!) a determinar los límites de lo que es posible alcanzar a través de la conminación con penas: nos permite, en suma, rechazar ciertos objetivos de dicha práctica como irracionales; irracionales, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, por imposibles. Pero, en cambio, lo que el conocimiento científico no puede proporcionarnos es una teoría en positivo, acerca de qué objetivos está justificado perseguir: justificado, desde un punto de vista moral (qué penas son justas y cuáles no lo son); pero también desde la perspectiva de una racionalidad instrumental más global, que tiene que incluir en su análisis mucho más que la determinación de lo que es posible y lo que es imposible lograr. Tiene que examinar también el grado de eficacia mayor o menor, y de eficiencia (esto es, los costes inherentes), de cada objetivo político-criminal alternativo que sea posible perseguir conminando con penas.

En este sentido, este lector echa de menos en el libro que comento una mayor atención a dos cuestiones. Primero, un examen más cuidadoso de las relaciones entre ciencia y teoría de la política criminal; es decir, entre el conocimiento científico (teórico) y las dos racionalidades (la moral y la instrumental), ambas de índole práctica, que están implicadas en el proceso de decidir acerca de si se debe conminar con pena, y con cuál, una determinada conducta infractora. Porque, sin esta reflexión metodológica, las tesis (normativas) que el autor aduce e intenta argumental podrían parecer un salto ilegítimo de lo fáctico a lo normativo.

O podrían ser consideradas, también, como puras peticiones de principio, por falta de fundamentación suficiente: es decir, por faltar en el trabajo una teoría de la pena justa, de la pena necesaria, de la pena eficaz y de la pena eficiente. Teorías todas ellas que parecen imprescindibles para poder concluir que unos u otros fines de las penas resultan (o no) justificables.

En todo caso, dejando ahora de lado esta objeción metodológica previa (pero fundamental), cabe observar que las conclusiones a las que llega Rodríguez Horcajo acerca de qué fines de las penas pueden ser re-

putados como legítimos parecen, cuando menos, difíciles de compatibilizar con la evidencia científica que previamente ha traído a colación. Ello resulta sorprendente, pues introduce en el trabajo una llamativa contradicción entre una parte descriptiva (que resume muy correctamente el conocimiento en la materia) y otra normativa que parecería prescindir en buena medida de dicho conocimiento, para abogar por tesis normativas que resultan problemáticas (es decir: cuya factibilidad resulta discutible) a la luz de la evidencia.

3. La retribución (merecimiento) como elemento imprescindible

En este sentido, lo más llamativo me parece la exclusión radical de la retribución como objetivo posible de la práctica de conminar con penas a los infractores (actuales o potenciales). Pues previamente se ha establecido con todo lujo de evidencias cómo las emociones morales (de indignación y agravio) y el deseo de retribución forman parte, por razones evolutivas, del arsenal de respuestas innatas de todos los grupos humanos frente al individuo que se desvía de las normas sociales de cooperación. ¿Es posible, entonces, prescindir por completo de dichos factores a la hora de diseñar una institución estatal que, como ocurre con las penas, constituye muchas veces la respuesta colectiva más notoria frente a conductas desviadas?

Planteando la cuestión en términos menos teóricos: ¿es razonable (puede estar justificado) determinar el marco penal de una conducta delictiva prescindiendo por completo de los sentimientos comunitarios de justicia, atendiendo exclusivamente a razones pragmáticas (como sostendría Rodríguez Horcajo: a la combinación del efecto comunicativo de la conminación sobre potenciales infractores con el efecto comunicativo de la misma conminación sobre aquellos otros ciudadanos que, por razones morales, no contemplan siquiera la posibilidad de cometer la infracción)? Parece difícil imaginar que una pena así, sentida de forma abrumadora y mayoritaria como injusta (por demasiado leve o por demasiado grave), pueda ser considerada político-criminalmente racional.

A mi entender, por lo tanto, el aspecto de merecimiento tiene que estar necesariamente incorporado al proceso de determinación de los marcos penales abstractos de las infracciones delictivas. Y ello, tanto por razones morales (resulta inmoral que el Estado amenace con penas draconianas las conductas leves o con penas irrisorias las conductas graves) como por razones instrumentales (parece imposible que el sistema penal funcione bien con un sistema de penas percibido por los destinatarios de las normas (y, probablemente, también por muchos operadores jurídicos y aplicadores del Derecho) como injustificables.

4. ¿Límites externos a la prevención general?

Obsérvese que no se trata tan solo (como sugiere el autor) de imponer las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad de las penas como un límite externo (¿constitucional?) a la pena: como un límite infranqueable a la hora de establecer un marco penal que, en todo caso, será fijado (dentro de dichos límites de proporcionalidad) exclusivamente siguiendo objetivos de índole pragmática (de motivación de conductas). Una limitación externa de esta naturaleza a los objetivos de prevención general, con ser importante, plantea, en mi opinión, dos dificultades, que pueden volverla insuficiente, o problemática cuando menos. Primero, porque resulta dudoso el alcance del anclaje constitucional del principio de proporcionalidad, por lo que no es del todo claro que un límite puramente externo a los criterios preventivos para la fijación de marcos penales sea del todo efectivo. Así, por ejemplo, yo mismo he sostenido que la única parte del contenido normativo del principio de proporcionalidad de las penas que posee rango constitucional es la prohibición del exceso (*Übermaßverbot*), en la determinación de los marcos penales, cuando la regulación legal resulta racionalmente (= políticocriminalmente) indefendible, mientras que todos los demás aspectos del principio deben formar parte de una teoría de la pena justa, pero no vuelven inválida la norma que no los respete. Si esto es así, entonces una limitación puramente externa de la pena indicada por razones preventivas no asegura suficientemente la justicia de la pena. De manera que quien defienda una concepción radicalmente consecuencialista de la pena se ve abocado a quedar inerme ante el legislador insensato (¡tan frecuente!), o bien a hipertrofiar la interpretación constitucional para convertir en normas (¿implícitas?) constitucionales todos los contenidos del principio de proporcionalidad, lo que resulta igualmente problemático (tanto desde el punto de vista metodológico —porque propugna un método de interpretación constitucional antipositivista y políticamente muy sesgado— como desde el político —porque convierte un debate político acerca de la pena justa y racional en un debate de validez, y lo traslada al ámbito de la justicia constitucional).

Pero es que, además, en segundo lugar, aun suponiendo que los límites puramente externos de proporcionalidad (de merecimiento) pudieran funcionar con total eficacia, los mismos seguirían resultando insuficientes. Pues si los marcos penales de los distintos delitos son determinados (aun dentro de dichos límites de proporcionalidad) exclusivamente para satisfacer objetivos de prevención general, parece difícil que el sistema de justicia penal resultante pueda cumplir adecuadamente con su función de prevención (mediante la motivación de conductas) de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos. En efecto, una de las mayores paradojas, a la hora de discutir acerca de qué son penas racionalmente (= moral y pragmáticamente) justificables es que, dado el componente inevitablemente comunicativo de todo el proceso de conminación e imposición de

penas (ocurre menos, desde luego, en la etapa de ejecución), estriba en el hecho de que el respeto a las exigencias de justicia no solo es moralmente obligado, sino que resulta también imprescindible desde un punto de vista instrumental: solamente unas penas (tanto por lo que hace a los marcos penales legalmente previstos como a las penas impuestas efectivamente en sentencia) que sean determinadas conforme a criterios de merecimiento (aunque no necesariamente en exclusiva por ellos) pueden ser unas penas efectivas para producir el efecto de motivación adecuado.

5. Conclusión: una teoría compleja y multifactorial de la pena justificable

Por supuesto, combinar consideraciones de merecimiento y consideraciones de eficacia intimidatoria no resulta fácil. Como, por lo demás, tampoco lo es cohonestar las exigencias de una teoría de la pena justa que resulte justificable desde el punto de vista de la moral crítica con las creencias socialmente hegemónicas (porque son mayoritarias o porque son defendidas por quienes, en la sociedad, ostentan mayor poder ideológico) acerca de la pena merecida. O, en fin, traducir las razones morales e instrumentales justificativas a magnitudes concretas de pena. Sin embargo, estas innegables dificultades no pueden relevarnos de la tarea de elaborar dicha teoría de la pena justa y racionalmente justificable, atendiendo al tiempo a los aspectos morales y a los pragmáticos: a criterios de merecimiento y a criterios de eficacia preventiva (motivadora).

No es éste el lugar para elaborar en detalle cuál es mi propuesta al respecto. En cambio, sí me parece imprescindible destacar que, sin afrontar el desafío que esta tarea (en definitiva: elaborar una teoría compleja y multifactorial de la pena que resulta racionalmente —político-criminalmente— justificable) implica, no es posible darse por satisfecho.