

El Derecho Penal ante lo empírico. Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Crimina a la realidad empírica. Recensión del libro colectivo dirigido por Fernando Miró Llinares, Juan Luis Fuentes Osorio y coordinado por Ana B. Gómez Bellvís.

Francisco Javier Castro Toledo

Plus Ethics. Centro CRÍMINA para el estudio y prevención de la delincuencia (Universidad Miguel Hernández de Elche).

Castro Toledo, F.J. (2022). *El Derecho Penal ante lo empírico. Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Crimina a la realidad empírica*. Recensión del libro colectivo dirigido por Fernando Miró Llinares, Juan Luis Fuentes Osorio y coordinado por Ana B. Gómez Bellvís. *Revista electrónica de Criminología*. 1-4. 05-05. <https://doi.org/10.30827/rec.5.33214>

FECHA DE RECEPCIÓN EN REC: 6/11/22

FECHA DE PUBLICACIÓN EN REC: 12/11/22

AUTOR/ES DE CORRESPONDENCIA: Francisco Javier Castro Toledo fcastro@plusethics.com, fj.castro@crimina.es

KEYWORDS: Derecho penal, política criminal basada, evidencias empíricas, epistemología.

Recensión de El Derecho Penal ante lo empírico. Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Crimina a la realidad empírica (Miró Llinares, Fuentes Osorio y Gómez Bellvís).

Me resulta imposible no introducir esta recensión atendiendo, aunque sea de manera muy superficial debido a los límites de extensión, al trasunto filosófico (especialmente aquel con consideraciones epistemológicas, pero también con naturaleza ontológica) que se esconde tras el título de esta obra colectiva. *El derecho penal ante lo empírico* nos interpela a cuestionarnos sobre qué relación existe en la actualidad entre el Derecho Penal, la Política Criminal y la realidad “empírica” y, a su vez, cuál debería ser esta en el presente contexto de idealización generalizada (cabe decir que más por los académicos que por los profesionales) de la política criminal basada en evidencias, los estudios empíricos legales, la filosofía experimental, el desarrollo e implementación de herramientas algorítmicas en el sistema de justicia penal o cualquier otra hibridación que se precie entre conocimientos normativos y científico-sociales. Esta relación con la realidad fáctica es de la máxima relevancia en la medida en que la mayoría de las grandes estructuras epistemológicas con vigencia e impacto social en la actualidad, entre ellas, por supuesto, también el derecho penal, la política criminal (más la segunda que la primera) o las ciencias sociales, se apoyan o debieran apoyarse, al menos en parte, en las tesis del empirismo. Sin embargo, para sorpresa de quien lo desconozca, estas tesis no son algo nuevo ni es la ideología de moda que nos toca asumir o repudiar frontalmente, sino que se trata de un paradigma que ya se encontraba desarrollado conceptualmente en Aristóteles, pero que habría que esperar para su consolidación hasta varios siglos después en los trabajos de John Locke, George Berkeley, David Hume o Francis Bacon (todos ellos, por cierto, de un ámbito *anglosajón* reactivo al racionalismo *continental*). Que no olvidemos que despertarían al mismo Kant de su sueño dogmático (a saber, un autor nada sospechoso de proponer enfoques trascendentales suficientemente conocidos en cualquier contexto de especulación normativa que volverían a hacer soñar a sus seguidores) y que, más tarde, orientaría el programa fuerte de la filosofía de la ciencia positivista del pasado siglo, hoy fuertemente descafeinado. Se trata, en definitiva, de un paradigma que ha condicionado y condiciona poderosamente los fundamentos de nuestro *ethos* cultural y que, en términos muy simplificados, afirma que toda forma de conocimiento que quiera denominarse legítimamente como tal deberá proceder de la observación y de la experiencia con los diferentes estados del mundo (y de ahí que el(los) método(s) científico(s), tal y como los conocemos en la actualidad,

sea uno de sus principales logros). En este contexto, los datos sensibles (aquellos que proceden de la observación) se constituyen como la materia básica del resto de productos del conocimiento con mayor elaboración, lo que afecta no sólo a todos los niveles de especulación normativa, sino a cualquier otro ámbito de reflexión filosófica presumiblemente *racional*. Veamos con algo más de detalle cómo esta obra colectiva integra esta discusión y plantea la aproximación del derecho penal y la política criminal a la realidad “empírica”. Para ello, en primer lugar, se presentará un breve resumen descriptivo de los contenidos para, una vez introducida la estructura general, poder evaluar en términos globales (esto eso, aplicado sobre el sentir general de la obra, ya que lo contrario resultaría imposible sin hacer una veintena de recensiones) sus fortalezas y debilidades.

El Derecho penal ante lo empírico fue publicado en 2021 en el marco del proyecto de I+D nacional NEXO, ya finalizado y desde el que se abordaron las posibilidades y límites de la incorporación de evidencias en material penal, en particular a la decisión sobre la criminalización de conductas y el incremento de las penas. Editado por Marcial Pons en su colección *Derecho Penal y Criminología*, se trata de una obra colectiva dirigida por los profesores Fernando Miró Llinares, Juan Luis Fuentes Osorio y coordinado por la profesora Ana B. Gómez Bellvís. Asimismo, participan una veintena de autores nacionales e internacionales del máximo nivel y reconocimiento en estos debates. Sobre su estructura, se trata de un texto de 426 páginas dividido en cinco partes que analizaremos brevemente a continuación.

La primera de ellas, titulada “La función de la pena: entre la prevención y el merecimiento”, recupera un importante debate clásico que en la actualidad está siendo redefinido, no tanto en el fondo como en la forma de aproximarse a él. Reconocidos autores internacionales como Paul H. Robinson abren esta sección analizando nuevamente la función de los principios distributivos en derecho penal desde su concepción del merecimiento empírico y su impacto en la interiorización de las normas sociales. Fernando Miró Llinares, por su parte, desarrolla un segundo capítulo acerca de la salud del debate científico y normativo sobre la pena, así como la incorporación de evidencias científicas en este, a partir de la realización de una revisión sistemática (en contraposición con las revisiones narrativas más tradicionales) de la literatura continental y anglosajona entre los años 2000-2020. Seguidamente, Daniel Rodríguez Horcajo cierra esta primera parte con un capítulo que, en la misma línea de Robinson, aunque por una propuesta algo diferente (en especial, al introducir algunas consideraciones sobre el

castigo y la cooperación en términos evolutivos), argumentará a favor de la posibilidad de aunar las tesis, tradicional y aparentemente excluyentes, entre el retribucionismo y el consecuencialismo, entendiendo el primero como una modalidad del segundo.

La segunda parte de esta obra colectiva está compuesta por un conjunto de tres capítulos que abordan algunas cuestiones que han sido rubricadas como "Política criminal: razón y realidad". El primero de sus capítulos ha sido elaborado por José Luis Díez Ripollés, quien reconstruye críticamente el popular sistema de responsabilidad penal de Roxin desde la consideración de la realidad fáctica como punto de partida para el análisis del impacto de los diferentes principios y directrices en la estructura categorial de su teoría del delito. En segundo lugar, Javier Cigüela Sola presenta uno de los debates más activos y con mayor impacto en la actualidad. La relación entre el derecho penal y la opinión pública obliga al autor a examinar cuestiones que van desde la democratización del derecho penal hasta determinados efectos indeseados como el punitivismo, pasando por los riesgos de la laxación técnica del derecho penal debido a un exceso de aperturismo al público. Por último, Vicente Valiente Ivañez cierra esta segunda parte con un análisis sobre las posibilidades (debido a sus simetrías de intereses) y límites (especialmente atendiendo a posibles consecuencias normativas no deseadas) de la exportación de los recientes diseños de investigación experimental en filosofía moral al ámbito del derecho penal, en especial a los debates en torno al concepto de responsabilidad.

La tercera parte de esta obra colectiva ha sido titulada "Ley penal: aplicación y efectos" y también está compuesta por tres capítulos. El primero de ellos lo constituye el estudio empírico de sentencias elaborado por Juan Luis Fuentes Osorio en materia de severidad de las penas en los delitos medioambientales entre los años 2000-2020, y del que extrae varias conclusiones: la tendencia a no imponer penas privativas de libertad (o inferiores los dos años), a la imposición de penas de multa de escasa severidad o el recurso al indulto. Siguiendo la estela de estudios empíricos basados en el análisis de sentencias, José Antonio Ramos Vázquez propone un estudio empírico sobre la muerte violenta de menores en España entre 2017-2019 como continuación de un estudio empírico previo con datos correspondientes al periodo 2000-2016. Más específicamente, el autor evalúa tanto los aspectos penológicos como las características de las víctimas y agresores. Todo ello le permite, por un lado, describir

las distribuciones sociodemográficas de los perfiles de agresores y víctimas y destacar la estabilidad de la información en ambos intervalos temporales. Por su parte, Jose R. Agustina y Victoria Fernández-Cruz cierran este tercer bloque analizando desde una perspectiva criminológica y político criminal el tipo penal de *stalking*, y elaborando otro estudio empírico a partir de una muestra de sentencias con objeto de identificar y evaluar las principales variables jurídico-penales, variables relacionadas con la conducta de acoso, las características del agresor y finalmente las características de la víctima asociadas con esta conducta.

En cuarto lugar, esta obra colectiva aborda con el título "Prisión: entre la realidad y la normatividad" algunos de los retos más relevantes sobre la relación entre las evidencias empíricas en materia de instituciones penitenciarias y su gestión por parte de los profesionales. Así, el primero de los capítulos de esta sección ha sido elaborado por Elena Larrauri quien, tras una breve presentación histórica sobre el interés criminológico por las prisiones, analiza la calidad de vida en prisión como una de las problemáticas centrales en el debate contemporáneo a partir de un estudio empírico propio basado en métodos mixtos de encuestas y entrevistas. A continuación, Vicenta Cervelló Donderis presente un análisis crítico sobre las herramientas actuales de valoración del riesgo aplicables en los contextos penitenciarios a partir de una evaluación de los fundamentos y límites de un modelo individualizador garantista. Por su parte, Daniel Varona Gómez elabora un estudio empírico de sentencias ejecutorias durante los años 2015-16 en los Juzgados de los Penal de Girona y Barcelona sobre la suspensión de la pena de prisión y de los diferentes factores asociados individuales y jurídicos asociados a la conformidad. Finalmente, Jesús Barquín Sanz, Miguel Ángel Cano Paños y M^a Ángeles Calvo Alba presentan conjuntamente un capítulo de libro en el que, siguiendo una línea de investigación similar a la planteada por Larrauri en este mismo volumen, analizan la calidad percibida de la vida penitenciaria por los internos y la contrastan, de modo crítico, con una antagónica opinión pública sobre la vida de los internos en prisión.

Por último, esta obra colectiva incluye una quinta parte titulada "Peligrosidad: valoración y proporcionalidad". En ella, reconocidos autores internacionales como Christopher Slobogin desarrolla, desde una perspectiva crítica, tres de los principios limitadores de la actual actividad en *sentencing* algorítmico. En su caso, tras la

experiencia norteamericana de uso de herramientas de esta naturaleza por parte de determinados operadores del sistema de justicia penal, el autor reclama para su tutela la introducción de tres criterios normativos basados en su adecuación, validez y equidad. En una línea similar, los capítulos de Javier Urruela Mora y de Lucía Martínez Garay describen, respectivamente con sus matices, la incidencia actual y enormes limitaciones técnicas (principalmente en lo relativo a la validez, precisión y potenciales malos usos discriminatorios y estigmatizadores, como argüía Slobogin en el capítulo anterior) de los instrumentos actuariales de evaluación del riesgo aplicable al ámbito de sentencia en el sistema de justicia penal. O lo que es lo mismo, lo que se ha venido a denominar como “determinación de la pena basada en evidencias” en el que, además de factores tradicionales de peligrosidad como los antecedentes penales, se han venido incluyendo otros factores “fijos” o “estables” (esto es, no dependientes de intervención alguna sobre el sujeto infractor) como el sexo, la edad u otros factores socioeconómicos que, efectivamente, resultan más problemáticos desde una perspectiva normativa. Para finalizar, y abriendo otro debate en derecho penal diferente, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro analiza, a partir de un conjunto de evidencias empíricas obtenidas por medio de encuestas a profesionales, el fenómeno de la exigibilidad en el contexto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado como un elemento de crítica a las teorías del hombre medio, las cuales gozan de un amplio recorrido en la jurisprudencia evaluada.

Sin duda, esta obra colectiva supone un punto de partida irrenunciable a la consolidación de un paradigma en nuestro país en el que el derecho penal y la política criminal miran más allá de las fuertes estructuras de principios normativos. Para ello, además, pone su atención en la consideración crítica de posibles “evidencias empíricas” y, por tanto, de una aproximación científica a la realidad fáctica en tanto que condición necesaria, pero no suficiente, para un desarrollo y aplicación legítimos de ambos campos. En este sentido, nos encontramos ante una obra que recoge, por un lado, el espíritu de Sherman y sus colaboradores de Maryland cuando enunciaron las tesis generales del *evidence-based crime prevention*, esto es, de la necesidad de identificar qué funciona, qué no y qué es prometedor en la prevención y tratamiento de la delincuencia desde una actitud marcada por un mayor científicismo y el paulatino abandono de la toma de decisiones basada, casi en exclusiva, en el uso selectivo de evidencias (por cierto, sin atender siquiera a su calidad) o en opiniones no comprobadas de individuos o grupos (también de los denominados “expertos”), a menudo inspiradas en puntos de vista ideológicos, prejuicios o conjeturas. Algo que desgraciadamente se ha llegado a normalizar,

más en aquellos países de tradición continental, por un sector importante de juristas de sillón, recordando a aquellos antropólogos culturales del siglo XIX que confiaban únicamente en la información de sus bibliotecas y registros para aproximarse por una vía indirecta a la realidad fáctica y no consideraban realizar trabajo de campo alguno. Pero también esta obra no es sólo un buen reflejo del conato de giro empirista que estamos percibiendo en los diferentes grupos de investigación en derecho penal y política criminal de nuestro país, sino que se trata de un giro crítico que no olvida señalar en muchas de sus páginas que la evidencia científica como tal no tiene capacidad de prescribir políticas concretas (sin terminar de aclarar del todo, en opinión del que escribe estas líneas, cuál debería ser su rol), sino que dependerá de muchos otros factores extracientíficos (legales, políticos, económicos, sociales, etc.) a los que resulta fundamental atender en la misma medida para garantizar la legitimidad de todo el proceso y sus diferentes productos. Este enfoque crítico y empíricamente informado queda heterogéneamente plasmado en el extenso número de problemáticas y debates normativos recogidos, y que demuestran ser susceptibles de complementación empírica para su mayor clarificación. Como he señalado, esta obra vehicula diferentes intereses por abordar la dimensión empírica de problemáticas normativo-penales tradicionalmente localizadas en las coordenadas de los enfoques de la especulación racional principialista. No obstante, en la actualidad los estudios empíricos legales han demostrado, con un amplio desarrollo internacional temático y técnico, que la utilización de diseños de investigación social puede (incluso deberían) integrarse a la perfección en el debate normativo sin producir rechazo alguno. De ahí que esta obra propone diferentes estudios empíricos que recogen el potencial de estas metodologías de investigación social, abriendo a su vez enormes posibilidades para una explotación más profunda (en términos del alcance de la técnica estadística) de las fuentes de datos usadas y, con ello, la comprobación de nuevas hipótesis. En definitiva, leer esta obra, siendo consciente de la evolución de una relación problematizada entre la realidad fáctica y el derecho penal y la política criminal en nuestro país, es terminar de subir la escalera para luego tirarla, utilizando la metáfora de Wittgenstein.

