

EL DERECHO PENAL DE LA POSTMODERNIDAD: REFLEXIONES EN TORNO AL CASO “MARTA DEL CASTILLO”

1.- El desencanto.

En los últimos años de su vida, *Max WEBER* apuntó sagazmente que el progresivo proceso de racionalización de los ordenamientos jurídicos occidentales constituiría una destacada nota distintiva de la *modernidad*. El propio *WEBER*, proféticamente, advirtió que la culminación de este proceso provocaría otro de los síntomas característicos de la *(post)modernidad*: un *sentimiento generalizado de desencanto* ante la falta de certeza en los resultados obtenidos.

El denominado caso “*Marta del Castillo*” es un ejemplo paradigmático de lo anterior. Tras el asesinato de una menor de edad –cuyo cuerpo todavía no ha sido recuperado-, y a pesar de serle impuesta al autor del crimen por el Tribunal que le juzgó la máxima pena posible (20 años de prisión, luego aumentada por el Tribunal Supremo en un año y 3 meses, al entender también cometido por el acusado un delito contra la integridad moral), los familiares y buena parte de la opinión pública mostraron su disconformidad con la resolución judicial que puso fin al juicio.

En especial, el rechazo se centró –además de en la supuesta lenidad de la pena impuesta al autor del crimen- en la absolución de tres personas relacionadas con el condenado que fueran absueltas del delito de encubrimiento del que habían sido acusadas: su hermanastro, la novia de éste, y un amigo del autor del crimen¹. La Audiencia Provincial de Sevilla, en una meritoria resolución motivada hasta la extenuación –de más de 140 páginas-, entendió que no concurrían pruebas suficientes para condenar a ninguno los tres acusados de encubrimiento (Sentencia 1/2012, de 13 de enero, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.)

¹ Esta absolución fue precedida de una condena, por un delito de encubrimiento, dictada contra otro acusado que fue juzgado por separado con antelación, al ser menor de edad en el momento de cometerse el crimen. El Ministro de Justicia, pocos días después de haberse dictado la sentencia de la AP de Sevilla, anunciaba ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados la intención del gobierno de instar la reforma de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor “*ante el incremento de la delincuencia cometida por menores [...]*” Sin embargo, según los datos del INE, en el año 2011 se redujeron en un 6,6% las condenas penales a menores de edad con respecto al año anterior.

Que los familiares de la víctima no se mostraran satisfechos con el fallo es humanamente comprensible. Lo que no lo es tanto es que muchos ciudadanos se mostraran tan abiertamente frustrados por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla. Tras conocerse ésta, se convocaron manifestaciones de protesta en numerosas ciudades españolas, siendo especialmente concurrida la celebrada en Sevilla –en torno a 40.000 asistentes–, que concluyó precisamente ante la sede de los juzgados sevillanos. El alcalde de Sevilla –causalmente, un magistrado en excedencia, ex decano de los juzgados de dicha ciudad–, no dudó en ponerse a la cabeza de la manifestación contra la sentencia dictada por sus compañeros. Un veterano columnista de un diario nacional resumió abruptamente ese estado de ánimo: “[L]a indignante sentencia por el asesinato de Marta del Castillo es una lamentable gran metáfora nacional: aquí todo el mundo se va de rositas².”

Con todo, lo más grave es que parece que el Tribunal Supremo tampoco ha permanecido impermeable a esa creciente marea de populismo punitivo: la sentencia que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la familia de la víctima, al margen de confirmar la condena al único acusado de cometer el crimen y la absolución del hermanastro de éste y de su novia, afirmaba de forma un tanto desconcertante que la resolución dictada por el tribunal sevillano, por lo que se refería a valoración de las pruebas en relación al amigo de Carcaño acusado de encubrimiento, carecía de lógica en cuanto a la fijación de la hora de salida del cadáver de la menor (STS, Sala 2ª, de 29-01-2013).

En consonancia con ello, ordenó a su inferior jerárquico que dictara una nueva sentencia en relación a este acusado, valorando nuevamente el acerbo probatorio al objeto de “reexaminar su posible participación como encubridor.” Si uno tiene la paciencia de leerse la extensa sentencia dictada en su día por la Audiencia Provincial de Sevilla, la aseveración del Alto Tribunal causa estupor. La Audiencia analizó de manera exhaustiva todas y cada una de las pruebas practicadas en el juicio y las diferentes hipótesis plausibles sobre la realidad de lo acontecido, de una manera que, si algo no puede decirse de esa sentencia, es que fuera irrazonable o se hubiera dictado a la ligera. Algo que no se le escapó a uno de los jueces discrepantes del Tribunal Supremo (el

² “Impunes de rositas”, de Antonio Burgos, publicado en el diario ABC el 22 de enero de 2012.

magistrado Miguel Colmenero), que concluyó su admirable voto particular de la siguiente manera: *“Dos consideraciones finales. En primer lugar, comprendo el dolor de los perjudicados y, especialmente, de los padres de Marta, de la misma forma que como ser humano lo hago con otros casos en los que personas inocentes resultan víctimas de hechos terribles. En segundo lugar, aunque no deban ni puedan ignorarse otras circunstancias, que han sido detenidamente examinadas en la sentencia impugnada hasta el límite de razonablemente posible, el aspecto más importante de estos hechos, con diferencia en mi opinión respecto de los demás, es que una joven ha perdido la vida. Y eso es algo irremediable. Y, en segundo lugar que, respecto de ese hecho, la Justicia ha identificado al autor y, tras el debido proceso, le ha impuesto la pena máxima posible según la ley.”*

La Audiencia Provincial de Sevilla, en mayo de 2013, obligada por el Tribunal Supremo a dictar una nueva sentencia en relación a la participación en los hechos del amigo del condenado acusado de encubrirle (Samuel Benítez), actuó de la única forma en que, *racionalmente*, podía hacerlo: volviendo a absolver el citado acusado, y realizando un nuevo análisis aún más pormenorizado de las razones que fundamentaron su decisión inicial (Sentencia nº 34/2013, de 28 de mayo, Sección 7ª.)

Al conocerse la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla de confirmar la inicial absolución del citado supuesto encubridor, se generó, nuevamente, un patente malestar en una parte apreciable de la sociedad española. Desencanto agudizado por la falta de éxito de las incesantes pesquisas policiales para localizar el cuerpo de la víctima –que han sido muchas, dado que el condenado ha cambiado su versión de los hechos en numerosas ocasiones, de forma inusualmente insistente y cruel-, lo que dio lugar, poco después, al irregular interrogatorio del hermanastro por parte de la Policía como consecuencia de una nueva declaración del asesino. Hermanastro, conviene no olvidarlo, ya absuelto por sentencia firme del delito que se le imputaba.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 –dictada por magistrados de la Sala Segunda distintos de los que firmaron la anterior resolución– desestimó el recurso de casación interpuesto por los padres de Marta del Castillo contra la nueva absolución de Samuel Benítez. Empleando un tono muy distinto al de su sentencia del año anterior, el Alto Tribunal elogiaba ahora el esfuerzo argumental

de la Audiencia Provincial, destacando que el Tribunal de Instancia justificó “*con claridad, detalle y de forma minuciosa el resultado de los diferentes medios probatorios.*”

2.- El punitivismo que no cesa.

¿Cómo explicar esta reacción popular? Si tenemos en cuenta que la tasa de criminalidad en España ha ido decreciendo progresivamente en los últimos años de manera ostensible³, el proceso inverso de deriva punitiva de la opinión pública – y, por extensión, de nuestro sistema penal- ha de tener otra explicación. En primer lugar, diversos autores apuntan a la influencia del fenómeno llamado “*agenda-setting*”⁴, que podría traducirse como la teoría de la *fijación periodística de los temas de discusión*. Son los medios de comunicación los que tienen el poder de situar en primer término del debate político un determinado tema, convirtiéndolo así en asunto de interés general, y ello con independencia – y éste es el aspecto decisivo – de la importancia intrínseca de dicho tema. En nuestro país, numerosos estudios empíricos han demostrado la correlación cuasi-exacta entre la atención mediática de la delincuencia y la preocupación de los ciudadanos por la inseguridad ciudadana⁵.

Tampoco parece discutible, además, que los medios de comunicación no controlan de forma autónoma su poder a la hora de fijar la agenda, ya que forman parte de un complejo entramado de fuerzas (económicas, políticas, mediáticas, civiles, etc); cada una de las cuales tiene interés en fijar “*su agenda*” y, con ello, el elenco de prioridades. En especial, los partidos políticos vienen utilizando sistemáticamente estos sucesos para, al calor de los mismos, promover modificaciones legislativas que incrementen el castigo para los delincuentes. Admito que no tengo una idea clara sobre quién enciende la llama primero (si los medios de comunicación o las formaciones políticas); pero sí de que existe una patente *convergencia de intereses* entre ambos para situar permanentemente la delincuencia –en especial, si ha dado lugar a crímenes

³ Según los datos del Ministerio del Interior, España ha pasado de una tasa anual de criminalidad de 52,2 por cada 100.00 habitantes en 2002, a una tasa de 46,1 en 2013.

⁴ “*Medios de comunicación y punitivismo*”, Daniel Varona Gómez, Revista Indret 1/2011

⁵ Rechea y Fernández, “*Los discursos sobre seguridad ciudadana y la lucha contra la delincuencia en la prensa española*”, Centro de Investigaciones de Criminología, nº 13, 2006.

especialmente macabros o morbosos, por infrecuentes que puedan ser estadísticamente⁶- en el centro del debate social y político.

Esta sinergia no ha sido inocua: desde 2003 en adelante se han sucedido las reformas del Código Penal, todas ellas con un afán punitivista apenas disimulado⁷. Y es que todas las reformas legales realizadas en los últimos años, sin exclusión alguna, tienden a buscar la inoculación del reo por el mayor tiempo posible y a fortalecer el aspecto retributivo de la sanción penal. Conviene recordar también que las incesantes reformas penales llevadas a cabo en España durante la última década han sido promovidas por gobiernos de diferente signo político, por lo que se trata de un fenómeno transversal desde el punto de vista ideológico. Existen datos empíricos suficientes para poder afirmar, por ejemplo, que la reforma del Código Penal llevada a cabo en 2003 fue la respuesta del partido que entonces sustentaba el gobierno (el Partido Popular) a la ofensiva política que protagonizó el PSOE en 2002, uno de cuyos ejes clave fue la cuestión de la delincuencia y la seguridad ciudadana que, de hecho, se convertirían en los temas estrella de las elecciones municipales celebradas en 2003⁸. La Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 30 junio, de nombre ya bastante explícito sobre el enrarecido ambiente político del momento ("*de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*") justificó la reforma aduciendo que "*la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencias más graves [...]*" Se abrió paso así al concepto de "*opinión pública*" como nuevo motor de la política legislativa. El nuevo paradigma es el del "*riesgo*", y la "*seguridad ciudadana*", entendida de una forma puramente subjetiva -a la manera de la "*alarma social*" de antaño-, el nuevo "*bien jurídico*" a proteger a toda costa.

Otro exponente de la falta de rigor de las sucesivas reformas recientes del Código Penal lo constituye la justificación de la propuesta para endurecer la norma penal en relación con los delitos de abusos sexuales a menores, al calor del crimen de la niña

⁶ Nuevamente, según los datos que aparecen en la página web del Ministerio del Interior, España fue en 2013 el país con el menor número de homicidios de la UE-15.

⁷ En el momento de redactar estas líneas se encuentra en tramitación una nueva reforma del Código Penal con la intención de instaurar en nuestro país la denominada "prisión perpetua revisable." La exposición de motivos del Proyecto de Ley comienza, significativamente, con estas palabras: "*La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas.*"

⁸ Varona Gómez, Op. cit. pp. 12-15

Mari-Luz Cortés (propuesta que luego se acabaría plasmando en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010): “[n]o son pocas las denuncias que periódicamente se ponen dando cuenta de la desaparición de niños, violaciones y abusos sexuales perpetrados contra menores e incapaces, descubrimiento de nuevas redes de pornografía y prostitución infantil, todo ello ante la impasibilidad del Gobierno que está obligado a reaccionar de inmediato poniendo coto a una situación que no admite otro debate que el de aumentar la cuantía de las penas que deben soportar estos sujetos.”⁹ No hay referencia alguna a estadísticas¹⁰, ni a estudios empíricos, ni a las recomendaciones de los expertos en política criminal o al derecho comparado: todo se reduce a afirmaciones apodícticas que, además, pretenden acallar toda voz discrepante.

Un fenómeno que puede explicar adicionalmente el creciente punitivismo que impera en la sociedad española es la técnica del “*framing*”; término que hace referencia a la importancia que tiene, a la hora de interpretar un hecho, el contexto o marco de referencia en que dicho suceso se encuadre. Numerosos estudios llevados a cabo en España han acreditado hasta la saciedad que “*la imagen mediática de la Justicia está distorsionada*”, pues al margen de producirse una sobredimensión de la delincuencia violenta, el buen funcionamiento del sistema penal, cuando acontece, no es noticia, destacándose desproporcionadamente las noticias relativas a presuntos fallos de la justicia penal, por lenta, ineficaz o excesivamente benévola¹¹. Además, sucede, como explica Norma F. Dixon¹², que la rareza o improbabilidad de un hecho multiplica su valor informativo; esto es, le añade peso noticioso, reduciendo la incertidumbre de partida más que la ocurrencia de un hecho de alta probabilidad. Pero, al mismo tiempo, un hecho inesperado presenta mayores dificultades de absorción, porque amenaza al observador con devolverle a la situación anterior de incertidumbre insoportable.

⁹ (Exposición de motivos de la Proposición no de Ley presentada por el PP con el fin de introducir reformas en el Código Penal en relación con los delitos de abusos sexuales a menores, BOCJ, 11-4-2008, p 11).

¹⁰ Y cuando las hay, como ocurre con la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2006 -que endureció en determinados aspectos la *Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*-, son completamente inexactas: “*Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad...*” Según los datos publicados por el Ministerio del Interior, la delincuencia juvenil se redujo un 5,2% en el año 2005 en relación al 2004; y, a su vez, un 4,4% en 2006 con respecto al año precedente.

¹¹ “¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España”, Daniel Varona Gómez, Revista Indret 1/2009.

¹² “*Sobre la psicología de la incompetencia militar*”, Ed. Anagrama, 2001.

Finalmente, los avances en la psicología cognitiva también permiten aventurar que, en buena medida, la opinión pública también estaría condicionada por el denominado *sesgo de disponibilidad*; error cognitivo que provoca en el individuo afectado un juicio erróneo a la hora de valorar la frecuencia de un suceso, a partir de la facilidad con la que el sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de ocurrencias semejantes. La técnica heurística de la disponibilidad puede afectar a la valoración de riesgos, ya que en determinadas circunstancias hace que la muestra que inconscientemente utilizamos incluya un número elevado de eventos negativos, al ser éstos habitualmente más fáciles de recordar (más accesibles) que los eventos positivos o neutros. En ocasiones, los sucesos negativos fácilmente accesibles –como los crímenes especialmente horribles, aunque estadísticamente sean muy infrecuentes- producen una especie de efecto en cascada. Kuran y Sunstein explican este fenómeno como un proceso que se autorrefuerza, y que contribuye a la formación de una creencia colectiva en virtud de la cual una percepción expresada pone en marcha una reacción en cadena, que da a esa percepción cada vez mayor plausibilidad por medio de su creciente disponibilidad en el discurso público¹³.

3. La crisis del ideal de rehabilitación. *Nada funciona.*

Como es sabido, en la década de los 70 del siglo pasado, la comunidad jurídica occidental tenía todavía confianza en el llamado “*ideal de la rehabilitación*”, según el cual mediante el tratamiento de los delincuentes en prisión podría reducirse significativamente su reincidencia delictiva. Sin embargo, a partir de los años 80, cundió el desánimo y la creencia fundamental de que, en materia de rehabilitación de delincuentes, en realidad, “*nada funcionaba*” (“*Nothing works*”, fue la conocida expresión acuñada por el sociólogo R. Martinson -apoyada por otros autores como Lipton o Wilks: “[c]on algunas excepciones –diría Martinson- los esfuerzos rehabilitadores de los que se posee información hasta el presente no han tenido una incidencia apreciable en las cifras de reincidencia.”) Sin embargo, y habrá que recordarlo tantas veces como sea necesario, los estudios más exhaustivos y solventes en la materia coinciden en señalar que el tratamiento adecuado de los delincuentes en prisión puede lograr una reducción

¹³ Kuran, Timur y Sunstein, Cass R. (1999): “Availability Cascades and Risk Regulation”, *Stanford Law Review*, Vol. 51: 683.

significativa del índice de reincidencia esperado¹⁴. Es evidente que la reeducación en prisión no es una solución mágica para todos los casos y que muchos de los delincuentes, a pesar de ella, volverán a delinquir una vez recobrada la libertad; pero también es cierto que un número significativo de los penados –en un porcentaje que aumenta progresivamente, a medida que las técnicas resocializadoras mejoran-, con la aplicación de los tratamientos adecuados en prisión, sí se habrán rehabilitado después de su paso por la cárcel. Y a veces se olvida que, por el contrario, está aún por demostrar la eficacia del denominado “*derecho penal de la seguridad ciudadana*”¹⁵.

A día de hoy, y pesar del expreso mandato constitucional (artículo 25.2 CE), nadie parece dispuesto a defender ya, en el espacio público, la idea de la rehabilitación, quizá por el miedo a ser acusado de ingenuo o, en la terminología al uso, de “*buenista*.” La izquierda, tanto en España como en otros países de Europa, tampoco parece estar interesada en retomar ese discurso, y buena prueba de ello es que la progresiva “*expansión del Derecho penal*” –por utilizar la feliz expresión de Silva Sánchez- acontecida en los países occidentales durante los últimos años se ha producido con mayorías parlamentarias de distinto signo político.

4.- La posmodernidad jurídica.

Utilizando la clásica definición de K. Lucken¹⁶, la modernidad tiene como rasgos definitorios “*el orden, la disciplina, la clasificación, la normalización, la racionalidad, la eficiencia y la acumulación de conocimientos científicos –sobre el comportamiento humano, las poblaciones y las instituciones- para la organización, el control y el mantenimiento de las estructuras de la sociedad moderna*”. La proyección del discurso de la modernidad en el derecho penal ha significado, en esencia, la creencia en que el comportamiento criminal es algo anormal e indeseable, pero hasta cierto punto evitable, así como la convicción de que, a través de las adecuadas técnicas de resocialización, el ser humano –en un número significativo de casos- es capaz de modificar, reorientar o inhibir sus comportamientos criminales.

¹⁴ Por todos, “Tratamiento de los delincuentes y reincidencia: una evolución de la efectividad de los programas aplicados en Europa.”, Anuario de Psicología Jurídica, 1999, pp. 11-37.

¹⁵ Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº. 7, 2005

¹⁶ “Contemporary Penal Trends. Modern or Postmodern”, en British Journal of Criminology, nº 38, 1998.

Lo que Max Weber no pudo prever es que el desencanto social al que paradójicamente conduciría el acelerado proceso de racionalización de los sistemas jurídicos modernos iba a acabar provocando una *regresión irracional* en el Ordenamiento jurídico. La pérdida del *aura* -por seguir la terminología de Walter Benjamin- de la administración de Justicia en las sociedades occidentales ha provocado que el Derecho penal de la post-modernidad se venga caracterizando por la falta de toma en consideración de los datos empíricos y del conocimiento científico; y por un descarte de lo que Norberto Bobbio calificó como los “*valores fríos*” de la democracia, que nos protegen -como supo ver con perspicacia su compatriota Claudio Magris- contra “*la psicosis colectiva de sentimentalismo intolerante ante la Ley.*”

Como muestra lo sucedido en España durante la última década, reformas legislativas de gran importancia no se realizan tomando en consideración los estudios científicos sobre la criminalidad o los datos que proporcionan las estadísticas, sino a golpe de intuiciones o impulsos mediáticos. De esa forma, la toma de decisiones por parte del legislador pasa a ser algo esencialmente arbitrario, desdeñándose el resultado de los estudios científicos que puedan arrojar luz -y datos objetivos- sobre la realidad a la que nos enfrentamos. El modelo penal de la modernidad partía, por el contrario, de la confianza en la razón de la ciencia y en el conocimiento de los expertos, pues era ellos los que debían diseñar los programas y estrategias de intervención sobre el delincuente, más allá de lo que fueran las convicciones primarias o emocionales del gran público¹⁷.

Desde Beccaria, se había considerado un avance positivo en el ámbito de la política criminal la proscripción de los castigos “*irreversibles*”, porque identifican sin enmienda posible al criminal con su delito y niegan en abstracto la posibilidad, tras haber purgado su merecida pena, de retomar su vida en sociedad. Como afirma con su habitual agudeza Fernando Savater, “*esta disposición generosa no se debe a que menospreciemos la gravedad del delito, sino a que valoramos al máximo la dignidad del ser humano, presente incluso en quienes de manera más oprobiosa la olvidan y pisotean.*” Poner un

¹⁷ “¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?, Bernardo del Rosal Blanco, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 11-08, 2009.

límite al castigo, tan alto como sea debido, indica la voluntad social de no exterminar al semejante, sean cuales fueren sus culpas.

5.- Una política criminal y penitenciaria, bien; pero ¿cuál?

El problema, como he intentado justificar, es complejo, y no creo que tampoco sea fácil encontrar la solución. Pero apunto dos medidas urgentes que se me antojan imprescindibles para poner freno a este retorno de la irracionalidad legislativa. En primer lugar, es precisa una cierta pedagogía cívica. Es necesario explicar en el espacio público las razones últimas que sostienen la apuesta del Estado moderno por la posibilidad de que un delincuente pueda ser rehabilitado durante su condena privativa de libertad, y no meramente “*neutralizado*” para impedir que delinca durante todo ese tiempo. También que el proceso judicial -como toda creación humana- es por definición imperfecto, y que nunca podrá restituir todo el daño causado a la víctima; pero ello no es razón suficiente -ni antes, ni ahora- para abandonar toda pulsión humanitaria.

Se me replicará -ya lo advertí antes- que adopto una posición *ingenua*; pero se trataría, en todo caso, de una ingenuidad “*aprendida*”, a la manera de Javier Gomá. Frente al escepticismo tan característico de la postmodernidad -que esconde un poso de nihilismo sobre la condición humana-, la *ingenuidad* que propone Gomá no es, valga la paradoja, ingenua. Es compleja y madura, en el sentido de que toma nota de los propios errores, pero sin dejar que las malas experiencias y las decepciones la conviertan al cinismo. Proyectada esa idea sobre la política criminal, conviene ser conscientes de que el derrumbe del modelo resocializador se debió en buena medida a las excesivas expectativas puestas en su inmediata eficacia; con ese matiz, sus aportaciones pueden -y deben- ser aprovechadas para el futuro.

No se defiende aquí una bobalicona omisión de la exigencia de responsabilidad a los individuos por sus actos; ni una inclinación a absolver simultáneamente al criminal y a la víctima, en una confusión propia de otros tiempos (y que ha revivido ahora peligrosamente en el País Vasco, tras haber abandonado ETA las armas). Una confusión, por decirlo con las palabras certeras de Albert Camus, puramente

sentimental, hecha de cobardía más que de generosidad. Lo que se defiende aquí es la exigencia rigurosa al Estado de la implementación de medidas de reinserción verdaderamente efectivas, lo que no excluye el justo castigo de los culpables y una aplicación de la norma penal igualmente seria; pero que tampoco suponga, inexorablemente, la aniquilación existencial del penado. La Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 9 de julio de 2013 (*Caso “Vinter y otros” contra Reino Unido*), parafraseando al Tribunal Constitucional alemán, enuncia este postulado básico al afirmar que “[s]ería incompatible con la dignidad humana protegida por la norma fundamental que el Estado pudiera privar coactivamente a una persona de su libertad, sin al menos concederle la oportunidad de alcanzar la misma algún día.”

En segundo lugar, -y esta es ya una tarea que compete fundamentalmente a los juristas-, debe exigirse al Legislador que no se aleje del método científico en la elaboración de las normas. La ciencia del Derecho no es un sistema completamente hermético, sino que puede -y debe- servirse de otras ciencias auxiliares, de forma tal que se ajuste al canon de la racionalidad práctica en la mayor medida posible. Este *canon mínimo de racionalidad* ha sido utilizado en fechas recientes en sentido inverso, precisamente para eliminar que un grave crimen quedara impune como consecuencia de un indulto concedido por el gobierno de forma manifiestamente arbitraria (la elogiada Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del TS de 20 de noviembre de 2013.)

La toma en consideración de las investigaciones científicas en el área de la criminología y de las aportaciones de los expertos en las distintas ramas del saber relacionadas con ésta es imprescindible si se quiere orientar la política legislativa hacia el terreno de la racionalidad. Naturalmente, estas evidencias empíricas y las opiniones de especialistas en la materia no aportarán nunca una verdad infalible e irrefutable. Precisamente por su naturaleza científica están sujetas a su eventual falsación y validación; pero siempre será mejor que dar palos de ciego, a golpe de titulares de prensa o sucesos mediáticos. Las incesantes reformas recientes de las normas sustantivas penales han provocado otro daño apreciable: que el Código Penal -uno de los pilares de nuestro ordenamiento- haya perdido su vocación de permanencia y estabilidad, enfilando peligrosamente el camino del “*Derecho líquido*”, caracterizado por adaptarse pasivamente a las circunstancias contingentes cambiantes, más que por ser

freno al poder arbitrario, ya tenga su origen en la autoridad pública o en los sujetos privados¹⁸.

Conviene no olvidar que tanto el proceso codificador como el ideal de la resocialización provienen -y no por casualidad- de la Ilustración. Apartarse de ese camino ilustrado, sin que esté claro el norte de este nuevo enfoque postmoderno - máxime cuando la sociedad no parece ser verdaderamente consciente de las consecuencias de este cambio radical de paradigma-, merecería antes una detenida reflexión.

¹⁸ Rodrigo Tena Arregui ha desarrollado el concepto de la "*modernidad líquida*" de Zygmunt Bauman en el ámbito jurídico. Vid, "Derecho líquido. Reflexiones en torno a la Ley 41/2007 de Reforma Hipotecaria." *El Notario del Siglo XXI*, revista n° 25, 2009.