

## JUSTICIA PENAL Y PENSAMIENTO CIENTÍFICO

Un signo distintivo del pensamiento moderno es el monopolio del método científico como forma de aproximarse al estudio de la realidad. Ninguna rama del saber que aspire a denominarse ciencia es ajena a esta forma de proceder. En algunas disciplinas, especialmente en las llamadas ciencias naturales, esto no es discutido por nadie; al menos por nadie de los que hacen ciencia y no meramente especulaciones pseudofilosóficas. En otras, como el Derecho, aún hay un camino que recorrer.

Por una parte, todavía hoy es muy mayoritaria entre los juristas la, no por extendida menos discutible tesis de la especificidad, en un sentido fuerte, de lo normativo. Por sentido fuerte puede entenderse no la (trivialmente correcta) afirmación de que el mundo del derecho es un mundo de normas, y por ello relativo a lo que debe ser, sino de que este deber ser no puede derivarse del ser sin incurrir en una supuesta falacia naturalista. Claro está que no se aclara a continuación de dónde debería entonces derivarse, sin apelar a la metafísica o incurrir en circularidad, pero eso no parece ser un obstáculo para las teorías normativas más radicales. Que a estas alturas se siga poniendo en duda que la ciencia -toda ella, también la que se dedica a investigar cómo deben ser las cosas-, tiene que ver con la realidad y sólo con la realidad, es una primera quiebra en la aceptación del método científico, imputable en este caso a los juristas.

Pero no es a esta primera contradicción entre Derecho y ciencia, por lo demás siempre polémica, a la que ahora quiero referirme, sino a otra mucho más notoria, y desde luego menos controvertida: el escaso peso de la opinión científica en la práctica diaria del Derecho, especialmente en algunas ramas como el Derecho penal.

La teoría del delito es seguramente una de las construcciones más elaboradas de toda la ciencia jurídica, lo que, por otro lado, es acorde con la importancia de lo que está en juego. Las penas criminales son las medidas más graves que puede adoptar lícitamente el Estado contra los ciudadanos, así que es lógico extremar las cautelas a la hora de determinar sus presupuestos de imposición. Ello debería provocar, en buena lógica, un correlativo protagonismo del criterio científico en la elaboración y aplicación de las leyes, pero, paradójicamente, no es así, sino muchas veces casi lo contrario.

Por un lado, en la aplicación del Derecho, es en la jurisdicción penal donde se ha desarrollado en toda su extensión la figura del jurado popular, cuya característica más notoria

es precisamente su desconocimiento de la dogmática penal, lo que sus defensores no sólo no consideran un demérito, sino la verdadera esencia de su supuesta superioridad.

Por otro lado, en la elaboración de las normas, en ninguna otra rama del Derecho pesan tanto los motivos de oportunidad política, ajenos a una adecuada valoración científica. Es cierto que las cosas han cambiado mucho, y que los Códigos penales están hoy fuertemente inspirados por la dogmática, pero es que esto es lo normal, y el hecho de que todavía muchas cuestiones de la máxima trascendencia se decidan de otra forma es una anomalía reiterada e infructuosamente denunciada por los especialistas.

El nuevo gobierno ha marcado en esto cotas difíciles de superar, al menos en el campo de las declaraciones de intenciones. En sus escasas semanas en el poder no ha perdido ocasión de anunciar una tras otra reformas del Código penal para atajar con nuevas penas cada hecho delictivo que ha saltado a la primera página de los periódicos. Y su propuesta más destacada en este campo, ya anunciada en el programa electoral, de implantar la cadena perpetua revisable, no sólo entraña un retroceso muy de lamentar en la consecución de una sociedad más humana y respetuosa de los derechos de los ciudadanos, sino que, si llega a aprobarse, como parece, se hará con la oposición casi unánime de la doctrina penal española, inspirada no en razones ideológicas, sino de una adecuada política-criminal que ha mostrado reiteradamente la ineficacia y los efectos irreversibles para el condenado de las penas de prisión de larga duración.

En fin, ya en un terreno más de andar por casa, a cualquier estudioso o simplemente aficionado al Derecho penal le será familiar la situación en la que, participando en una charla de café sobre cualquier cuestión penal, le cueste no ya imponer su criterio, sino meramente ser escuchado, porque todo el mundo, aunque no haya dedicado ni un minuto de su vida al examen de los presupuestos de la responsabilidad penal, tenga una idea clara y definitiva sobre qué hacer para atajar tal o cuál problema delictivo, o sobre la medida exacta de la sanción que merece el autor de un crimen.

En Derecho, y particularmente en Derecho penal, parece natural lo que en otras ramas de la ciencia sería estrambótico: que las decisiones importantes sean tomadas sobre la base de intuiciones, ajenas a una adecuada elaboración científica. Cuesta imaginar a legos, tomados a sorteo entre la población, decidiendo cuándo y cómo se opera un corazón, o qué materiales deben emplearse en la construcción de un puente colgante, pero no parece haber problema alguno en que la decisión sobre la responsabilidad penal de un sujeto, con muchos años de privación de libertad en juego, sea prácticamente decidida por esos mismos legos.

Es verdad que en otras ramas del saber se ponen en ocasiones en práctica medidas ajenas a una fundamentación científica. Las medicinas alternativas, por ejemplo, carecen en su mayor parte de cualquier apoyo empírico, y no por eso dejan de tener adeptos. Pero todo tiene un límite, e incluso una explicación. En un manual que consultaba recientemente sobre una de estas prácticas, tras desgranar el autor uno por uno los efectos milagrosos de

la imposición de manos para casi cualquier dolencia imaginable, advertía que no debería utilizarse, sin embargo, para proceder a reparar huesos fracturados. Sana advertencia, sin duda alguna, que le evitará algunas posibles denuncias. En realidad, estas prácticas, más que una alternativa a la medicina científicamente fundada, ocupan los espacios todavía vacíos que ésta no ha podido rellenar, y con ello dan esperanza a quienes la necesitan y no tienen otra, lo que en sí tiene un valor terapéutico considerable. Pero esta forma de actuar como placebo es, de nuevo, perfectamente explicable desde el método científico.

Y en el mundo del Derecho penal, ¿cómo puede explicarse este fenómeno? ¿Es también debido a un insuficiente desarrollo científico? Sin descartar este factor, que en el ámbito de las ciencias sociales, vinculadas a una realidad extraordinariamente compleja, tiene un gran peso, hay otro elemento que con toda probabilidad es preponderante: la estrecha relación entre el Derecho penal y el sentimiento primario de justicia, del que participan por igual todos los seres humanos (quizás con la excepción de algunos aquejados de trastornos psicopáticos), al margen de su formación jurídica.

La justicia no es, desde luego, sólo un sentimiento psicológico, pero debería ser claro que si no se atiende a la faceta emocional se convierte en un enunciado casi vacío. Nuestra evolución como especie ha hecho surgir en el ser humano ese sentimiento extraordinariamente intenso que nos lleva a buscar equilibrios en la asignación de bienes, premios y castigos, y en ningún sitio se percibe con tal intensidad esta emoción como en el Derecho penal; en el derecho de castigar como se merece a quien ha actuado mal. Que, a pesar de que somos conscientes de que es pura ficción, no soportemos los finales de película en los que triunfa el mal y fracasa el bien, es una buena muestra de la intensidad de este sentimiento, como también lo es que las teorías retributivas de la pena, reiteradamente enterradas, acaben siempre volviendo al primer plano de la discusión, aunque sea disfrazadas de otras teorías (como la denominada prevención general positiva). No es extraño que en el Antiguo Testamento, fiel expresión muchas veces de los sentimientos atávicos del género humano, la retribución talionar y la expiación sean temas recurrentes.

Si esto es correcto, detrás del menguado peso de la ciencia en los asuntos penales estaría la creencia firme de que la intuición, directamente emanada de un sentimiento natural de justicia, permite resolver satisfactoriamente cualquier problema político-criminal.

Pero cualquier alumno de la Facultad de Derecho que haya recibido tan sólo unas clases de Derecho penal sabe hasta qué punto las percepciones subjetivas pueden ser erróneas (en un reciente y muy detallado estudio del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología sobre 'La evolución de la delincuencia en España', se destaca la constante disminución de los delitos en los últimos años, acompañada de una igualmente constante percepción subjetiva de aumento de la criminalidad); igual que sabe que el sentimiento de justicia en este campo es voluble y muchas veces contradictorio en sus contenidos; o que la intuición sólo permite una primera aproximación a los problemas simples, pero no soluciones satisfactorias a los complejos. Por eso, en este campo, como en cualquier otro, la única guía fiable es

profundizar en el estudio sistemático de la materia de acuerdo al método científico. Ello no quiere decir que no se tengan muy en cuenta los sentimientos de justicia y se intente darles satisfacción. El Derecho busca la paz social y ella sólo puede conseguirse si los ciudadanos comparten las soluciones legales. Tan sólo significa reconocer que aquí, como en tantas otras cuestiones que afectan a las ciencias sociales, la primera intuición no siempre es la correcta, y que la justicia es un fenómeno complejo, y más cuanto más desarrollada está una sociedad, y por ello merece un estudio sistemático, propio de una verdadera ciencia.

Y en este estudio no puede desdeñarse ninguna aportación que arroje luz sobre la realidad. Una de las cuestiones más en boga en la discusión penal moderna, y que a la vez es una de las más clásicas de la filosofía moral, es la del fundamento ético del castigo. Los avances en neurociencia y en otras esferas del conocimiento van progresivamente arrinconando la vieja percepción subjetiva de una libertad originaria del ser humano que justificaría el merecimiento de pena, lo que debería hacer reflexionar a quienes proponen como única respuesta a los problemas sociales el aumento exponencial del castigo.

Sea cuál sea la conclusión final de este debate, mientras no se despejen todas las dudas, en lo que atañe a la justicia no parece mala política hacer caso de los prudentes consejos que el ingenioso hidalgo daba a su escudero cuando éste se disponía a gobernar la ínsula Barataria: “Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo” (...) “Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstratele piadoso y clemente; porque aunque los atributos de Dios son todos iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia”.

Fernando Molina.

*Decano de la Facultad de Derecho. UAM.*

*Catedrático de Derecho penal.*