

FERNANDO MIRÓ LLINARES  
JUAN LUIS FUENTES OSORIO  
(Dir.s.)

ANA BELÉN GÓMEZ BELLVÍS  
(Coord.)

# **EL DERECHO PENAL ANTE «LO EMPÍRICO»**

**Sobre el acercamiento del Derecho penal  
y la Política Criminal a la realidad empírica**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

# ÍNDICE

|                       | Pág. |
|-----------------------|------|
| NOTA PRELIMINAR ..... | 17   |

## PRIMERA PARTE

### LA FUNCIÓN DE LA PENA: ENTRE LA PREVENCIÓN Y EL MERECIMIENTO

|  |    |
|--|----|
| ¿UNA TREGUA EN LA GUERRA DE LOS PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS? MERECIMIENTO EMPÍRICO, CREDIBILIDAD MORAL Y LA INTERIORIZACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES, <i>por Paul H. Robinson</i> .....   | 23 |
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 23 |
| 2. ¿EXISTE TAL COSA COMO LA OPINIÓN DE LA COMUNIDAD SOBRE LA JUSTICIA? .....   | 25 |
| 3. ¿NO SON LAS OPINIONES DE LA COMUNIDAD SOBRE LA JUSTICIA BRUTALES Y DRACONIANAS? .....   | 27 |
| 4. ¿POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARLE A UN UTILITARISTA EN MATERIA DE CONTROL DEL DELITO LO QUE LA COMUNIDAD PIENSA QUE ES JUSTO? ¿POR QUÉ EL PRINCIPIO DISTRIBUTIVO DEL MERECIMIENTO EMPÍRICO REDUCIRÍA EL DELITO? .....                                     | 33 |
| 5. AUNQUE EL MERECIMIENTO EMPÍRICO PUEDA TENER ALGÚN EFECTO SOBRE LA REDUCCIÓN DEL DELITO, ¿NO TENDRÍAN AÚN MÁS EFECTOS LOS PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS DE LA DISUASIÓN GENERAL O DE LA INCAPACITACIÓN DE LOS PELIGROSOS? .....                           | 37 |
| 6. ¿DEBERÍA EL DERECHO PENAL DESVIARSE ALGUNA VEZ DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA COMPARTIDOS DE LA COMUNIDAD? SI NO, ¿NO ESTAMOS ATASCADOS EN EL <i>STATU QUO</i> QUE LOS REFORMADORES SOCIALES PODRÍAN TENER BUENAS RAZONES PARA QUERER CAMBIAR? ..... | 40 |

|   | Pág.      |
|---|-----------|
| 7. CONCLUSIÓN.....  | 41        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 42        |
| <b>LA SALUD DEL DEBATE SOBRE LA PENA: PRIMEROS SÍNTOMAS TRAS UNA REVISIÓN SISTEMÁTICA DE LA LITERATURA (2000-2020), por Fernando Miró Llinares.....</b> | <b>43</b> |
| 1. UN DEBATE CRÓNICO .....  | 43        |
| 2. REVISIÓN SISTEMÁTICA SOBRE EL ESTUDIO ACADÉMICO EN TORNO A LAS TEORÍAS DE LA PENA (2000-2020) .....  | 46        |
| 3. UNA EXPLORACIÓN MÁS: ¿QUÉ, PARA QUÉ Y CÓMO SE DEBATE? .....  | 60        |
| 4. PRIMEROS SÍNTOMAS (PARA UN POSTERIOR DIAGNÓSTICO) .....  | 66        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 69        |
| <b>RETRIBUCIÓN Y CONSECUENCIAS: ¿TODO EN UNO?, por Daniel Rodríguez Horcajo .....</b>   | <b>73</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN: RETRIBUCIONISMO Y CONSECUENCIALISMO EN LA TEORÍA DE LA PENA.....   | 73        |
| 2. LA NUEVA RETRIBUCIÓN O LOS EFECTOS DEL MERECIMIENTO .....  | 75        |
| 3. ¿POR QUÉ LO LLAMAN MERECIMIENTO CUANDO QUIEREN DECIR CONSECUENCIAS POSITIVAS?.....   | 81        |
| 4. DEFENSA DE UNA JUSTIFICACIÓN CONSECUENCIALISTA DE LA PENA: RAZONES.....  | 83        |
| 5. DEFENSA DE UNA JUSTIFICACIÓN CONSECUENCIALISTA DE LA PENA: IMPLICACIONES .....   | 87        |
| 6. CONCLUSIONES .....   | 92        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 92        |
| <b>SEGUNDA PARTE</b>  |           |
| <b>POLÍTICA CRIMINAL: RAZÓN Y REALIDAD</b>  |           |
| <b>REALIDAD, PRINCIPIOS, UTILIDAD Y SISTEMA EN ROXIN, por José Luis Díez Ripollés.....</b>  | <b>99</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 99        |
| 2. REALIDAD Y VALORES .....   | 99        |
| 3. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES.....  | 101       |

|   | Pág.       |
|---|------------|
| 4. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES EN LA ESTRUCTURA CATEGORIAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD .....  | 104        |
| 4.1. El tipo .....  | 104        |
| 4.2. La antijuridicidad.....  | 106        |
| 4.3. La culpabilidad/responsabilidad.....   | 108        |
| 4.4. La punibilidad.....  | 113        |
| 4.5. Consideraciones finales.....   | 114        |
| 5. SISTEMA Y CASO .....   | 116        |
| 6. CONCLUSIONES .....   | 119        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 119        |
| <br>  |            |
| <b>DERECHO PENAL Y OPINIÓN PÚBLICA: SOBRE LA RECONSTRUCCIÓN NORMATIVA DEL <i>ETHOS</i> SOCIAL, por Javier Cigüela Sola.....</b>   | <b>123</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 123        |
| 2. UNA CUESTIÓN PREVIA: PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL .....  | 124        |
| 3. OPINIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL: ESBOZO DE LOS ARGUMENTOS EN JUEGO .....   | 126        |
| 3.1. El Derecho penal como Derecho de la sociedad.....  | 126        |
| 3.2. Opinión pública y democratización del Derecho penal.....   | 130        |
| 3.3. Opinión pública y punitivismo.....   | 132        |
| 4. DERECHO PENAL, <i>ETHOS</i> SOCIAL Y OPINIÓN PÚBLICA: CONSIDERACIONES FINALES .....  | 136        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 142        |
| <br>  |            |
| <b>EL CRUCE DE CAMINOS ENTRE LA FILOSOFÍA MORAL EXPERIMENTAL Y EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA, por Vicente Valiente Ivañez.....</b> | <b>147</b> |
| 1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA .....  | 147        |
| 2. EL «GIRO EXPERIMENTAL» EN LA FILOSOFÍA MORAL CONTEMPORÁNEA.....  | 149        |
| 3. ARGUMENTOS A FAVOR DEL ESTUDIO EXPERIMENTAL DE LOS PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL .....   | 153        |
| 3.1. El cumplimiento normativo y el «valor democrático» .....   | 154        |
| 3.2. El «argumento metodológico» .....  | 155        |
| 4. TRES DESAFÍOS DEL PROYECTO EXPERIMENTAL APLICADO AL DERECHO PENAL .....  | 159        |

|  | Pág. |
|--|------|
| 4.1. El problema de la falacia naturalista .....   | 159  |
| 4.2. La «paradoja del principio democrático» ..... | 162  |
| 4.3. Intuiciones potencialmente arbitrarias.....   | 163  |
| 5. CONCLUSIÓN.....                                 | 165  |
| BIBLIOGRAFÍA .....                                 | 166  |

### **TERCERA PARTE**

#### **LEY PENAL: APLICACIÓN Y EFECTOS**

|  |            |
|--|------------|
| <b>A PUNCH IN THE FACE OR A SLAP ON THE WRIST? LA EXIGUA SEVERIDAD DE LAS CONDENAS POR DELITO MEDIOAMBIENTAL, por Juan Luis Fuentes Osorio .....</b> | <b>173</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 173        |
| 2. SANCIONES APLICABLES EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.....   | 176        |
| 3. PENAS IMPUESTAS POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.....   | 181        |
| 4. PENAS IMPUESTAS EN SENTENCIAS ANALIZADAS CONDENATORIAS POR DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y LA FAUNA .....                                 | 187        |
| 5. CONCLUSIONES .....  | 194        |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 194        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>MUERTE VIOLENTA DE MENORES EN LA JURISPRUDENCIA (2017-2019): REFORZANDO LAS CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DE LOS AÑOS 2000-2016, por José Antonio Ramos Vázquez.....</b> | <b>197</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 197        |
| 2. EL PRIMER ESTUDIO (2000-2016).....  | 198        |
| 2.1. Metodología y muestra .....   | 198        |
| 2.2. Resultados obtenidos .....  | 199        |
| 2.2.1. Edad de la víctima .....  | 199        |
| 2.2.2. Los autores.....  | 199        |
| 2.2.3. Muerte de menores y violencia en la pareja.....   | 203        |
| 2.2.4. La aplicación de circunstancias atenuantes/eximentes a las madres.....  | 203        |
| 3. EL SEGUNDO ESTUDIO (2017-2019).....   | 204        |
| 3.1. Metodología y muestra .....   | 204        |
| 3.2. Resultados obtenidos .....  | 205        |

|  | Pág.       |
|--|------------|
| 3.2.1. Edad de la víctima .....  | 205        |
| 3.2.2. Los autores.....  | 205        |
| 3.2.3. Violencia en la pareja/atenuantes o eximentes .....   | 209        |
| 4. LA ESTABILIDAD DE LAS CONCLUSIONES A LO LARGO DEL VENTENIO: 2000-2019 .....   | 209        |
| 5. ANEXO: CUADRO SINÓPTICO DE LAS SENTENCIAS RECABADAS (PERIODO 2017-2019).....  | 210        |
| <b>EL TIPO PENAL DE <i>STALKING</i>: UNA REVISIÓN POLÍTICO-CRIMINAL TRAS SUS CINCO PRIMEROS AÑOS, por José R. Agustina y Victòria Fernández-Cruz .....</b> | <b>215</b> |
| 1. PLANTEAMIENTO .....   | 215        |
| 2. EL FENÓMENO DEL <i>STALKING</i> DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y SU PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN. ....   | 216        |
| 3. LA INCORPORACIÓN DE UNA NUEVA FIGURA DE DELITO EN EL ART. 172 TER DEL CÓDIGO PENAL .....  | 221        |
| 4. PRIMERA FASE: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL NUEVO TIPO PENAL A PARTIR DE UNA MUESTRA DE SENTENCIAS.....   | 224        |
| 4.1. Objetivos del estudio .....   | 225        |
| 4.2. Resultados .....  | 226        |
| 4.3. Conclusiones del estudio de sentencias .....  | 227        |
| 5. SEGUNDA FASE: ANÁLISIS DE DOS SENTENCIAS CLAVE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....  | 229        |
| 6. PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL .....   | 233        |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 236        |

## CUARTA PARTE

### PRISIÓN: ENTRE LA REALIDAD Y LA NORMATIVIDAD

|  |            |
|--|------------|
| <b>REALIDAD Y NORMATIVIDAD: ¿QUÉ APORTA LA CRIMINOLOGÍA AL ESTUDIO DE LA PRISIÓN?, por Elena Larrauri.....</b> | <b>243</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 243        |
| 2. DE LA PRISIÓN AUTORITARIA A LA PRISIÓN «LEGAL»: EL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DE LA PRISIÓN.....                 | 244        |
| 3. CALIDAD DE VIDA EN PRISIÓN: EL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO CONTEMPORÁNEO DE LA PRISIÓN .....                      | 247        |
| 3.1. ¿Existen diferencias entre prisiones en lo que respecta a la calidad de vida?.....                        | 250        |

|   | Pág.       |
|---|------------|
| 3.2. ¿Qué factores son más relevantes para explicar dichas diferencias?.....  | 252        |
| 3.3. ¿Qué consecuencias comporta la distinta «calidad de vida» en una prisión?.....   | 255        |
| 4. CONCLUSIONES.....  | 257        |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 257        |
| <br>  |            |
| <b>HACIA UNA EJECUCIÓN PENITENCIARIA AUTÓNOMA Y LIBRE DE SER UTILIZADA COMO CORRECTIVO DEL FALLO CONDENATORIO, por Vicenta Cervelló Donderis.....</b> | <b>261</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN: TENSIONES ENTRE CONDENA Y EJECUCIÓN.....   | 261        |
| 2. LA EXPANSIÓN DE LA CONDENA EN EL CUMPLIMIENTO PENITENCIARIO.....   | 262        |
| 3. LA DESCONFIANZA HACIA UN MODELO ABIERTO DE EJECUCIÓN.....  | 265        |
| 4. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE UN MODELO INDIVIDUALIZADOR GARANTISTA.....   | 267        |
| 5. CRITERIOS PROPIOS DE VALORACIÓN PENITENCIARIA...   | 269        |
| 5.1. Historial criminal.....  | 270        |
| 5.2. Buena conducta.....  | 270        |
| 5.3. Peligrosidad criminal.....   | 271        |
| 6. PROPUESTAS DE MEJORA.....  | 272        |
| 6.1. Ponderación de la actividad delictiva previa.....  | 273        |
| 6.2. Comportamiento desarrollado durante su estancia en prisión.  | 274        |
| 6.3. Expectativas de conducta futura y necesidades de intervención.....   | 275        |
| 7. CONCLUSIÓN.....  | 277        |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 278        |
| <br>  |            |
| <b>LA SUSPENSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN: ¿UNA ALTERNATIVA A LA PRISIÓN O UN ANZUELO PARA LA CONFORMIDAD?, por Daniel Varona Gómez.....</b>             | <b>281</b> |
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 281        |
| 2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONFORMIDAD EN ESPAÑA.   | 284        |
| 3. OBJETIVO DEL ESTUDIO.....  | 285        |
| 4. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO.....   | 286        |
| 4.1. Muestra.....   | 286        |
| 4.2. Variables.....   | 286        |

|   | Pág. |
|---|------|
| 4.3. Estrategia analítica .....   | 289  |
| 5. RESULTADOS .....   | 290  |
| 6. DISCUSIÓN.....   | 293  |
| 7. CONCLUSIÓN.....  | 295  |
| APÉNDICE .....  | 296  |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 299  |
| <br>  |      |
| <b>LA PRISIONIZACIÓN EN ESPAÑA: MITO Y REALIDAD A PARTIR DE UNA ENCUESTA DE CALIDAD DE VIDA PENITENCIARIA,</b><br><i>por Jesús Barquín Sanz, Miguel Ángel Cano Paños y M.<sup>a</sup> Ángeles Calvo Alba.....</i> | 303  |
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 303  |
| 2. METODOLOGÍA .....  | 308  |
| 3. HIPÓTESIS DE PARTIDA.....  | 311  |
| 4. RESULTADOS .....   | 312  |
| 4.1. Perfil de la población penitenciaria encuestada.....   | 312  |
| 4.2. Percepción de las relaciones de los reclusos con el personal del centro.....   | 315  |
| 4.3. Percepción del ambiente en prisión y sus repercusiones en la resocialización .....   | 318  |
| 5. CONCLUSIONES .....   | 321  |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 323  |
| <br>  |      |
| <b>QUINTA PARTE</b>   |      |
| <b>PELIGROSIDAD: VALORACIÓN Y PROPORCIONALIDAD</b>  |      |
| <br>  |      |
| <b>SENTENCING ALGORÍTMICO: TRES PRINCIPIOS,</b> <i>por Christopher Slobogin .....</i>   | 327  |
| 1. TRES PRINCIPIOS QUE PODRÍAN REGIR LA EVALUACIÓN DE RIESGOS .....   | 328  |
| 2. LOS PRINCIPIOS APLICADOS AL <i>SENTENCING</i> .....  | 332  |
| 2.1. Adecuación.....  | 334  |
| 2.2. Validez.....   | 336  |
| 2.3. Equidad.....   | 337  |
| 3. TRANSPARENCIA Y PROCEDIMIENTO.....   | 340  |
| 4. CONCLUSIÓN: LAS ALTERNATIVAS A LAS HVR.....  | 343  |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 345  |



|   | Pág.    |
|---|---------|
| <b>INSTRUMENTOS ACTUARIALES DE EVALUACIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA Y JUSTICIA PENAL. ¿HACIA LA CONFIGURACIÓN DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO EJE DE LA INTERVENCIÓN PENAL?, por Asier Urruela Mora.....</b> | 349     |
| 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....   | 349     |
| 2. CONTEXTO DE INCIDENCIA DE LOS INSTRUMENTOS ACTUARIALES DE EVALUACIÓN DEL RIESGO EN EL MARCO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESTADOUNIDENSE .....   | 353     |
| 3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL EMPLEO DE INSTRUMENTOS ACTUARIALES DE EVALUACIÓN DEL RIESGO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL.....  | 354     |
| 3.1. La capacidad de las herramientas actuariales de evaluación del riesgo para predecir el comportamiento criminal futuro a nivel individual.....  | 354     |
| 3.2. La interpretación de los resultados de los instrumentos actuariales de evaluación del riesgo por parte de los operadores jurídicos.....  | 356     |
| 3.3. ¿Existe un sesgo racial en numerosas herramientas actuariales de evaluación del riesgo de violencia-reincidencia? .....  | 358     |
| 3.4. Inferencia Grupo a Individuo (G2i) .....   | 360     |
| 3.5. Sesgos cognitivos en la toma de decisiones en materia de reincidencia. Particular consideración de la incidencia de la inteligencia artificial y el <i>machine learning</i> en esta esfera .....       | 361     |
| 4. EL IMPACTO DE LOS INSTRUMENTOS ACTUARIALES DE PREDICCIÓN DEL RIESGO COMO VÍA PRIVILEGIADA DE PENETRACIÓN DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA SENTENCIA.....                            | 363     |
| 5. CONSIDERACIONES FINALES. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.....  | 366     |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 370     |
| <br><b>EVIDENCE-BASED SENTENCING Y EVIDENCIA CIENTÍFICA, por Lucía Martínez Garay .....</b>   | <br>375 |
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 375     |
| 2. ¿QUÉ ES EL <i>EVIDENCE-BASED SENTENCING</i> ?.....   | 377     |
| 2.1. Los principios de la intervención correccional efectiva y el modelo «Riesgo-Necesidad-Responsividad» .....   | 379     |
| 2.2. La justicia gerencial-actuarial y la gestión efectiva del riesgo... ..   | 380     |
| 2.3. Las «políticas basadas en la evidencia».....   | 383     |
| 3. EL <i>EVIDENCE-BASED SENTENCING</i> Y LA EVIDENCIA CIENTÍFICA.....   | 387     |

|   | Pág.       |
|---|------------|
| 3.1. La calidad de la evidencia sobre la que se basa el <i>evidence-based sentencing</i> .....  | 387        |
| 3.2. ¿Hay evidencia empírica de que el <i>evidence-based sentencing</i> alcance sus objetivos? .....  | 393        |
| 3.3. Discusión .....  | 397        |
| 4. CONCLUSIONES .....   | 401        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 403        |
| <br>  |            |
| <b>CONSTRUYENDO LA EXIGIBILIDAD: SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LAS EVIDENCIAS EMPÍRICAS EN LA CONFORMACIÓN DE LA NORMATIVIDAD, por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro</b> ..... | <b>409</b> |
| <br>  |            |
| 1. DOS PROBLEMAS DE MIEDO INSUPERABLE, A MODO DE INTRODUCCIÓN.....  | 409        |
| 2. EN PARTICULAR, EXIGIBILIDAD Y FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.....  | 411        |
| 2.1. Doctrina jurisprudencial.....  | 412        |
| 2.2. Persona media y fuerzas y cuerpos de seguridad.....  | 413        |
| 2.2.1. Datos generales .....  | 413        |
| 2.2.2. Experticia e intervención operativa .....  | 413        |
| 2.2.3. Sobre la racionalidad de la intervención.....  | 416        |
| 2.3. Por poner dos ejemplos: sobre los márgenes de aplicación .....   | 417        |
| 3. OTROS PERFILES DE APROXIMACIÓN.....  | 420        |
| 3.1. Víctima de malos tratos .....  | 420        |
| 3.2. Padecimiento de toxicomanías .....   | 422        |
| 4. EPÍLOGO: SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD .....  | 423        |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 425        |

## NOTA PRELIMINAR

El Derecho penal es, contiene y se relaciona con la realidad empírica. Lo es, aun siendo un sistema normativo, en cuanto cuerpo abstracto de hechos institucionales concretados en normas, resoluciones e interpretaciones. Abarca múltiples realidades empíricamente contrastables y que pueden ser observadas e incluso medidas: disposiciones normativas, resoluciones judiciales, actores que ponen en práctica lo normativo, sujetos afectados (directa e indirectamente) por la aplicación de lo normativa, etc. Y se relaciona con las realidades que regula y a las que se debe: las personas y sus comportamientos, las instituciones que deciden si sus conductas se subsumen en los supuestos de hecho típicos, los intereses sociales afectados, la influencia de las sociedades y sus entornos y estructuras. Además, el Derecho penal, según parece admitir casi unánimemente la doctrina, es un instrumento de la política criminal para interactuar con el fenómeno criminal, que, excepto en visiones radicalmente idealistas, se vincula con la realidad social en la que se enmarca y en la que pretende influir. Y aún así, todavía puede extrañar a algunos, como si de un oxímoron se tratase, ver en un texto juntos «Derecho penal» y «empírico». De esa extrañeza, o de cómo afrontarla, van el proyecto de investigación Nexo y el libro que aquí presentamos y que viene a ser uno de los principales resultados del mismo.

El proyecto nacional NEXO [DER2017-86204-R, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI)/Ministerio de Ciencia e Innovación y la Unión Europea a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional-FEDER] aborda las posibilidades y límites de la incorporación de evidencias empíricas, esencialmente de carácter criminológico, a la política legislativa en materia penal, en particular a la decisión sobre la criminalización de conductas y el incremento de las penas. Este reto se ha afrontado desde un planteamiento novedoso que, por un lado, revisa de qué modo y con qué restricciones deontológicas pueden incorporarse a la práctica del legislador procedimientos de contraste científico que fueran útiles y mejoraran la racionalidad de la decisión legislativa; y, por otro, aceptada la necesidad y posibilidad de evaluar la legislación penal, analiza empíricamente algunos de los presupuestos centrales en los que el legislador ha basado tradicionalmente su toma de decisiones sobre la incorporación al Código Penal de nuevas conductas o el incremento de las penas de las existentes para comprobar la

certeza de estas hipótesis asumidas como válidas por el legislador para legitimar la extensión punitiva.

Este libro, *El Derecho penal ante «lo empírico»*, constituye la obra colectiva en la que se expresan algunas de las principales reflexiones que el desarrollo del proyecto Nexo proporciona sobre la relación entre el Derecho penal y la realidad empírica. Este trabajo no habría sido posible sin las contribuciones de los profesionales que integran el proyecto y de otras personas externas invitadas. A todos ellos agradecemos su disponibilidad y la seriedad y calado de sus aportaciones. También queremos dar las gracias a los editores de esta colección de la editorial Marcial Pons, y muy en particular al profesor Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, por su implicación tanto en el proyecto del que forma parte como en el proceso de publicación de este libro.

El libro se ha dividido en cinco partes que representan problemáticas y áreas en Derecho penal que actualmente están en pleno debate y sobre las que la perspectiva empírica puede aportar nuevos argumentos y reflexiones. Bajo la rúbrica «La función de la pena: entre la prevención y el merecimiento» se encuadran tres contribuciones que tienen como objetivo esta institución central del Derecho penal y la Política Criminal, así como el estado actual de los principios distributivos de esta. Para ello, esta parte la encabeza el profesor estadounidense Paul H. Robinson, que puede considerarse como el autor que, desde mediados de los años noventa en Estados Unidos y a partir de 2012 en España (gracias a la traducción de su obra *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*), ha reavivado el debate sobre el fundamento y las funciones de la pena con su propuesta del merecimiento empírico. En esta obra colectiva, su artículo se enfrenta a las cinco principales cuestiones que se han esgrimido como críticas a su teoría del merecimiento empírico como principio distributivo del Derecho penal. En una segunda contribución a cargo del profesor Miró Llinares se aborda una revisión sistemática de la discusión sobre la función de la pena en los últimos veinte años. Con ello se pretende analizar en qué medida este debate se ha estancado o si, en cambio, ha evolucionado incorporando las contribuciones más modernas que suponen una superación o nuevos enfoques de las teorías clásicas que incluso incorporan las referencias a lo empírico en la discusión sobre la función de la pena. Esta primera parte la cierra el profesor Rodríguez Horcajo, que estudia los principios distributivos de la pena tradicionales para defender una justificación consecuencialista de la misma.

La segunda parte, que lleva por título «Política Criminal: razón y realidad», la encabeza posiblemente el autor que más haya contribuido al desarrollo, fundamentación y evaluación de la Política Criminal en España, el profesor Díez Ripollés, que en esta obra colectiva examina de forma crítica el sistema teleológico-funcional de Roxin, poniendo en evidencia, entre otras cuestiones, que este sistema no responde a valores finales o utilitarios

sino más bien a principios de corrección. En esta segunda parte se abordan dos debates igualmente esenciales en la actualidad, como son, por un lado, la opinión pública y su influencia sobre el Derecho penal, tema tratado por el profesor Cigüela Sola y, por otro, la posibilidad de incorporar nuevas metodologías a la reflexión dogmática, en concreto los diseños experimentales propuestos por la filosofía o la ética experimental, problemática que acomete el profesor Valiente Ivañez.

La tercera parte, dedicada tal y como indica su título «La ley penal: aplicación y efectos» a analizar empíricamente cómo se están aplicando determinados tipos penales cuya importancia social y actualidad los reviste de especial trascendencia. Así, el profesor Fuentes Osorio emprende un análisis jurisprudencial de los delitos contra el medio ambiente con el objetivo de valorar empíricamente la severidad del sistema punitivo medioambiental en la imposición de condenas. Posteriormente, el profesor Ramos Vázquez lleva a cabo un estudio empírico de la jurisprudencia en los supuestos de muerte violenta de menores en el periodo de 2017 a 2019, extensión de un sugestivo estudio previamente publicado que abarcaba el periodo que se sitúa entre el año 2000 y 2016. Finalmente, el profesor Agustina Sanllehí junto con la profesora Fernández Cruz analizan empíricamente la aplicación del tipo penal de *stalking* introducido en la reforma de 2015.

La cuarta parte, dedicada a la institución de la prisión y cuyo título es «Prisión: entre la realidad y la normatividad», está compuesta por tres contribuciones. La primera de ellas, de la profesora Larrauri Pijoan, expone el aporte de la Criminología al estudio de la prisión, donde se pone de relieve la importancia de ese «Nexo» entre lo normativo y lo empírico que está detrás de todo este proyecto y libro colectivo. Posteriormente, desde una perspectiva más normativa, la profesora Cervelló Donderis analiza las tensiones entre la condena y la ejecución de la misma, para realizar propuestas de mejora. Asimismo, el profesor Daniel Varona desarrolla un trabajo sobre el mecanismo de la conformidad en España y la consecuente suspensión de la pena que trae aparejada esta figura de economía procesal. Para ello, lleva a cabo un novedoso estudio empírico en el que cuestiona que la figura de la suspensión de la pena, al igual que muestran las evidencias en otras latitudes como Estados Unidos, sirva como un anzuelo para aceptar la conformidad o si es, como indicaría su teleología, una alternativa a la pena de prisión bajo determinadas circunstancias. Finalmente, el profesor Barquín junto con el profesor Cano Paños y la investigadora Calvo Alba analizan por medio de una encuesta de calidad de la vida en prisión cómo las percepciones de la misma por parte de los reclusos y el personal del centro penitenciario pueden impactar en la resocialización.

La última parte de esta obra colectiva se titula «Peligrosidad: valoración y proporcionalidad» y está integrada por cuatro contribuciones. La primera de ellas es la del profesor Christopher Slobogin, referente internacional

en el debate sobre la incorporación de sistemas de inteligencia artificial de valoración del riesgo en el sistema de justicia penal. En este sentido, en su artículo expone los tres principios que ha venido desarrollando en sus contribuciones sobre la problemática que, a su juicio, deberían informar y guiar la aplicación de estos sistemas. Posteriormente, el profesor Urruela Mora aborda críticamente los instrumentos actuariales de evaluación del riesgo de violencia en la justicia penal y cuestiona la configuración de la peligrosidad criminal como eje de la intervención penal. En una línea también crítica, la profesora Martínez Garay analiza un concepto que en materia de política criminal ha ganado peso desde finales de los noventa, como es la del *Evidence-based policy* y cuyo enfoque ha impregnado prácticamente a todas las áreas del Derecho penal, también al *sentencing*. En este sentido, cuestiona el optimismo de los defensores de este enfoque y analiza en qué medida la evidencia científica debe ocupar el centro de la toma de decisiones en materia de política criminal. Por último, el profesor Sánchez Lázaro trata en su contribución la cuestión de la incorporación de las evidencias empíricas en la conformación de la normatividad en la institución de la exigibilidad.

Todo esto contiene un libro que afronta problemáticas, debates, instituciones y tipos penales totalmente distintos y diferentes entre sí, que constituyen cuestiones tradicionales y ampliamente conocidas en Derecho penal y Política Criminal y que ahora se estudian situando en el centro de cada cuestión la relación entre lo empírico y lo normativo. Y ello no solo para superar la extrañeza de algunos, sino para incorporar nuevas formas de hacer Derecho penal sin abandonar otras también válidas.

Fernando MIRÓ LLINARES  
Juan Luis FUENTES OSORIO  
Ana Belén GÓMEZ BELLVÍS

PRIMERA PARTE

**LA FUNCIÓN DE LA PENA: ENTRE  
LA PREVENCIÓN Y EL MERECIMIENTO**

# ¿UNA TREGUA EN LA GUERRA DE LOS PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS? MERECIMIENTO EMPÍRICO, CREDIBILIDAD MORAL Y LA INTERIORIZACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES\*

Paul H. ROBINSON  
*University of Pennsylvania*

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde un siglo antes de que ninguno de nosotros hubiera nacido, la teoría del Derecho penal se ha debatido entre dos principios distributivos aparentemente irreconciliables. Los principios utilitaristas como la disuasión y la incapacitación de los peligrosos consideraban que la prevención del delito era su objetivo principal. Los llamados principios «retributivos», en cambio, establecían como objetivo el hacer justicia. Según este punto de vista, hacer justicia, imponer la responsabilidad y el castigo de acuerdo con la reprochabilidad (*blameworthiness*) de cada delincuente, con el merecimiento, era un valor en sí mismo que no requería ninguna otra justificación.

Parecía haber pocas posibilidades de reconciliación entre estos dos principios en conflicto. Desde la perspectiva de los utilitaristas, la imposición de un castigo solo puede justificarse por el beneficio práctico que proporciona: evitar futuros delitos. Desde el punto de vista de los retribucionistas, hacer justicia por los ilícitos cometidos en el pasado es un valor en sí mismo que no requiere más justificación. Estos enfoques contrapuestos simplemente les dan valor a cosas diferentes. Utilizan diferente moneda: luchar contra los delitos futuros *versus* hacer justicia por los delitos del pasado.

Lo que quiero argumentar aquí es que los dos [principios] son, de hecho, reconciliables en cierto modo. No estoy sugiriendo que declaremos un ganador en la guerra de principios distributivos, sino algo más parecido a una tregua. Concretamente, los buenos utilitaristas deberían apoyar un prin-

---

\* Traducción de Ana Belén GÓMEZ BELLVÍS.



cipio distributivo basado en el merecimiento, porque la evidencia empírica sugiere que hacer justicia por el ilícito pasado es probablemente la manera más efectiva y eficiente de controlar el delito futuro<sup>1</sup>.

Pero «hacer justicia» aquí no significa justicia en el sentido del merecimiento deontológico de lo que los filósofos morales piensan que es merecido, sino más bien justicia en el sentido de «merecimiento empírico», tal y como se le ha denominado, que refleja los juicios compartidos de la comunidad sobre la justicia. La investigación empírica muestra que en la evaluación de la gente sobre la reprochabilidad global de un delincuente se tienen en cuenta una amplia variedad de factores como la gravedad del delito, la forma de imputación subjetiva (intencional, temeraria o negligente) y sus capacidades mentales, emocionales y físicas en el momento de cometer el delito<sup>2</sup>. Concretamente, se sostiene que, al seguir los principios de justicia de la comunidad, el sistema puede generar «credibilidad moral» ante la comunidad, lo que le permite aprovechar las poderosas fuerzas de la influencia social, el apoyo de la comunidad y las normas interiorizadas.

Las investigaciones empíricas recientes confirman que un sistema de justicia penal percibido por la comunidad como conflictivo con sus principios de justicia es uno que provoca resistencia y subversión, mientras que un sistema de justicia penal que se gana la reputación de hacer justicia de manera fiable, siguiendo los juicios de justicia compartidos por la comunidad, es uno cuya credibilidad moral inspira una mayor deferencia, apoyo y aquiescencia, y es más probable que los ciudadanos interioricen sus normas acerca de lo que constituye una conducta verdaderamente condenable.

Necesito completar este esquema de mi argumento principal y ofrecer algunos ejemplos con apoyo empírico. La forma más eficaz de hacerlo puede ser abordando cinco preguntas que creo que la gente puede razonablemente plantearse sobre el uso del merecimiento empírico, de los principios de justicia compartidos por la comunidad, como uno de nuestros principales principios distributivos de la responsabilidad penal y el castigo:

1. ¿Existe tal cosa como la opinión de la comunidad sobre la justicia?
2. ¿No son las opiniones de la comunidad sobre la justicia brutales y draconianas?
3. ¿Por qué debería importarle a un utilitarista en materia de prevención del delito lo que la comunidad piense que es justo? ¿Por qué reduciría el delito el principio distributivo del merecimiento empírico?
4. Aunque el merecimiento empírico pueda tener algún efecto de reducción del delito, ¿no tendrían aún más efectos los principios distributivos de la disuasión general o de la incapacitación de los peligrosos?

---

<sup>1</sup> Sobre ello véase en general ROBINSON, 2013: Parte II, 96-238.

<sup>2</sup> *Ibid.*: Parte III, 239-413.

5. ¿Debería el Derecho penal desviarse alguna vez de los principios de justicia compartidos de la comunidad? Si no, ¿no estamos atascados en el *statu quo* que los reformistas sociales podrían tener buenas razones para querer cambiar?

## 2. ¿EXISTE TAL COSA COMO LA OPINIÓN DE LA COMUNIDAD SOBRE LA JUSTICIA?

¿Es quizá la justicia un juicio tan complejo que cada uno tiene su propia visión personal? ¿Es posible que no haya una visión comunitaria y, por tanto, no haya posibilidad de construir un Derecho penal que refleje las opiniones de la comunidad sobre la justicia? La evidencia empírica, empero, sugiere lo contrario<sup>3</sup>.

Especialmente, para las cuestiones que podríamos llamar el «núcleo de la delincuencia» —lesiones físicas a otros, la apropiación de bienes ajenos sin consentimiento y el engaño en los intercambios— hay, de hecho, un elevado acuerdo a través de todas las demografías. Consideremos un estudio en el que los sujetos tenían que ordenar 24 escenarios de acuerdo con la reprochabilidad global y el merecimiento del castigo. Los resultados mostraron una *W* de Kendall<sup>4</sup> de 0,95 para los sujetos en persona y 0,88 para los sujetos de internet, un resultado asombroso.

Normalmente no se obtiene este nivel de acuerdo excepto en estudios de observación, como cuando se pide a los sujetos que juzguen el brillo relativo de concentraciones de puntos (*dot clusters*). Cuando a los sujetos se les pide algo más allá de lo puramente observacional, la tarea analítica que se les pide debe ser casi intuitiva. Por ejemplo, se puede obtener una *W* de Kendall similarmente alta pidiendo a los sujetos que ordenen las imágenes estándar de dolor utilizadas para el diagnóstico médico con pacientes no verbales (véase la figura 1).

**Figura 1.** Gráfico de las imágenes de dolor



Fuente: ROBINSON, 2013: 31.

<sup>3</sup> *Ibid.*: 18-34.

<sup>4</sup> *N. de la T.*: la *W* de Kendall es un coeficiente de correlación de rango cuyo valor indica la similitud en la clasificación u ordenación de los datos cuando estos se clasifican en rangos. Se considera que la correlación es alta cuando las observaciones tengan un rango similar o igual a 1. Es una prueba estadística no paramétrica que se suele emplear para medir o analizar el grado de acuerdo entre varias personas o la asociación entre tres o más variables.