



ARTURO MUÑOZ ARANGUREN

Abogado. Socio de Ramón C. Pelayo Abogados

# El derecho penal de la postmodernidad: reflexiones en torno al caso “Marta del Castillo”<sup>1</sup>

## 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 del delito de encubrimiento del que habían sido acusadas: su hermanastro, la novia de éste, y un amigo del autor del crimen. 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 nin-

guno los tres acusados de encubrimiento (Sentencia 1/2012, de 13 de enero, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.)

Que los familiares de la víctima no se mostraran satisfechos con el fallo es humanamente comprensible. Lo que no 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. 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 rositas<sup>2</sup>.”

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).



Imagen de la manifestación de repulsa celebrada en Sevilla tras hacerse pública la sentencia de la Audiencia Provincial.

En consonancia con ello, ordenó a su inferior jerárquico que dictara una nueva sentencia en relación a este acusado, valorando nuevamente el acervo probatorio al objeto de “reexaminar su posible participación como encubridor.” Si uno tiene la paciencia de leerse la extensa sentencia dictada 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 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,

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 ciudadana

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 pa-

ra 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.

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.

## 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 ostensible<sup>3</sup>, el proceso inverso de deriva punitiva de la opinión pública – y,

<sup>1</sup> El texto íntegro del artículo puede ser consultado en la sección “El Notario 2R”, en la versión electrónica de esta revista, [www.elnotario.com](http://www.elnotario.com)

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

<sup>3</sup> 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.

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”. 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 casi-exacta entre la atención mediática de la delincuencia y la preocupación de los ciudadanos por la inseguridad ciudadana.

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.

Esta sinergia entre los medios de comunicación y los partidos políticos no ha sido inocua: desde 2003 en adelante se han sucedido las reformas del Código Penal, buscando todas ellas, sin excepción alguna, la inoculación del reo por el mayor tiempo posible y el fortalecimiento del aspecto retributivo de la sanción penal. Conviene recordar también que estas incesantes reformas 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 2003.



Retrato de Max Weber, padre de la sociología moderna.

### El derecho penal de la post-modernidad se viene caracterizando por la falta de toma en consideración de los datos empíricos y del conocimiento científico

soportar estos sujetos.<sup>4</sup> No hay referencia alguna a estadísticas, 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 benévola.

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

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 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

suceder, a partir de la facilidad con la que el sujeto puede recordar o imaginar ejemplos semejantes (como crímenes especialmente horrendos con amplia cobertura mediática, aunque estadísticamente sean muy infrecuentes).

Además, como explica Norman F. Dixon, 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.

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

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 significativa del índice de reincidencia esperado<sup>5</sup>. Y a veces se olvida que, por el contrario, está aún por demostrar la eficacia del denominado “derecho penal de la seguridad ciudadana.”

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.”

### 4.- La posmodernidad jurídica.

Utilizando la clásica definición de K. Lucken, 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

### 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

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.”

### 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

### 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

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.

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.”

Se me replicará –ya lo advertí antes- que adopto una posición ingenua; pero se trataría, en to-

<sup>4</sup> [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].

<sup>5</sup> 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.

do 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 con-



viertan al cinismo. Proyectada esa idea sobre la política criminal, conviene ser conscientes de que el derumbe 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 indi-

viduos 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.

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. 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.

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. ■

**Conviene no olvidar que tanto el proceso codificador como el ideal de la resocialización provienen –y no por casualidad- de la Ilustración**

## Resumen

El desgraciado caso “*Marta del Castillo*” ha puesto de manifiesto las limitaciones intrínsecas de todo procedimiento judicial. A pesar de la modélica actuación de la Audiencia Provincial de Sevilla que juzgó a los acusados del crimen, y de la condena al autor material del asesinato a la pena máxima prevista por el Código Penal, una parte considerable de la opinión pública se ha mostrado insatisfecha con el resultado del proceso. Este caso es un reflejo de la creciente marea de populismo punitivo que caracteriza al Derecho penal de la postmodernidad. Las incesantes reformas del Código Penal vigente (más de 25 desde su promulgación) vienen buscando sin descanso la inoculización del reo por el mayor tiempo posible y el fortalecimiento del aspecto retributivo de la sanción penal.

## Abstract

The tragic case of “*Marta del Castillo*” has highlighted the shortcomings inherent in legal proceedings. Notwithstanding the exemplary performance of the Provincial Criminal Court of Sevilla that tried the defendants and although the perpetrator of the murder was condemned to the maximum penalty applicable under the Spanish Criminal Code, a significant proportion of the public opinion has expressed dissatisfaction with the outcome of the process. This case reflects the rising tide of punitive populism that characterizes Criminal Law in postmodern times. The endless amendments introduced in the Spanish Criminal Code in force (over 25 since its enactment) are relentless trying to render the convicted prisoner innocuous for the longest possible period and reinforce the paying-for aspect of criminal punishment.