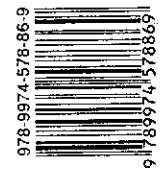
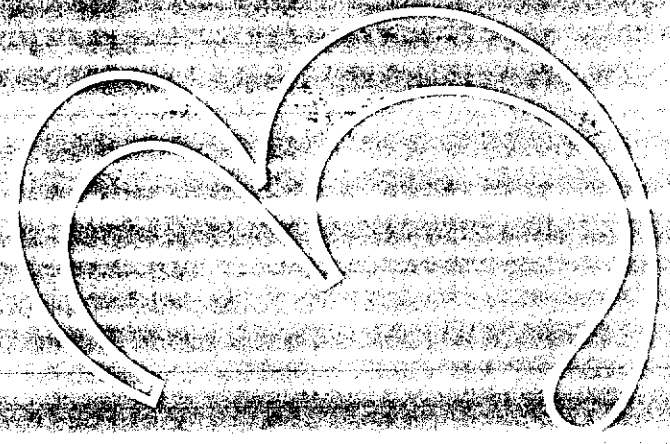
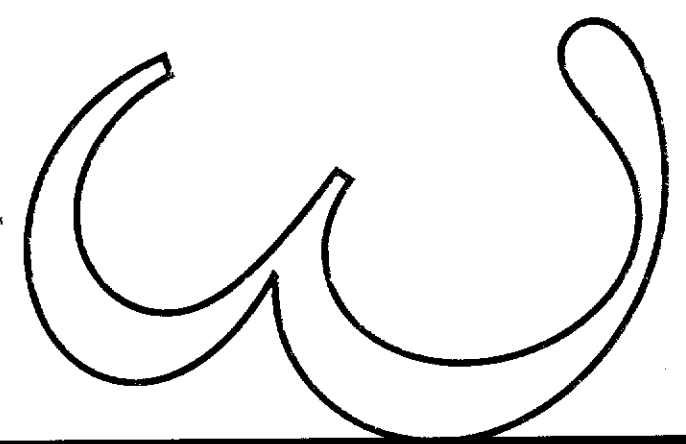


José Luis Díez Ripollés

La política criminal en la encrucijada

ESTUDIOS Y DEBATES EN DERECHO PENAL
DIRIGIDA POR JESÚS M. SILVA SÁNCHEZ



SEGUNDA PARTE
LOS NUEVOS MODELOS DE
INTERVENCIÓN PENAL

SEGUNDA PARTE
LOS NUEVOS MODELOS DE
INTERVENCIÓN PENAL

CAPÍTULO III
LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DE LOS
MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL

En la interpretación de la reciente evolución de la política criminal española, tan pródiga en reformas penales, procesales y penitenciarias, los penalistas, en la universidad y en la jurisdicción, muestran cierto desconcierto a la hora de abordar su análisis crítico. Pareciera como si los acontecimientos que se están produciendo no formaran parte del acervo de actuaciones sociales cuya posible aparición, al margen de su plausibilidad, había sido anticipada por los juristas. Esto genera una extendida actitud de despectivo rechazo hacia lo que se califica, sumariamente, como una política criminal oportunista.

Sin echar en saco roto este último calificativo, conviene, sin embargo, que nos preguntemos por las razones de esa incapacidad que los expertos de la política criminal tienen para analizar, con la necesaria ecuanimidad, decisiones y actuaciones que, por muy imprevisas que sean, no se puede negar que gozan de un

generalizado respaldo popular y de un impulso político de amplio espectro ideológico. Creo que la explicación de semejante perplejidad se debe, en buena medida, a que los penalistas están analizando las transformaciones jurídicopenales en curso desde un modelo analítico equivocado o, por mejor decir, en trance de superación. Me refiero al modelo penal garantista.

1. EL MODELO PENAL GARANTISTA

En efecto, conocido con diferentes denominaciones a lo largo del pasado siglo XX, este modelo se caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto de que se ha llamado a sí mismo "derecho penal mínimo", girando en torno a unos pocos principios que, a riesgo de simplificar demasiado, podríamos enumerar como sigue:

a. La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. Éstos sólo desarrollarían efectos sociales perceptibles en la medida en que se encuadraran en un contexto más amplio, el del control social en general. Sólo en tanto y en cuanto el subsistema de control penal coincidiera en sus objetivos con los pretendidos por el resto de los subsistemas de control social — familia, escuela, vinculaciones comunitarias, medio laboral, relaciones sociales, opinión pública— y en la medida en que interaccionara recíprocamente con ellos, habría garantías de que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. De ahí que se desconsiderara su posible uso como ariete promotor de transformaciones en los valores sociales vigentes.

b. Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. Frente a las tendencias expansivas de otros sectores del ordenamiento jurídico, singularmente del derecho administrativo, el derecho penal garantista

considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima imprescindible. En esa actitud ha jugado usualmente un papel importante la constatación de la naturaleza especialmente aflictiva de las sanciones que le son propias, que estima superior a la de cualquier otro medio de intervención social, lo que justificaría un empleo muy comedido de ellas⁶². Se convierte en lugar común que el derecho penal sólo debe actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces. Ello conlleva el olvido de todo tipo de pretensiones encaminadas a salvaguardar, a través del derecho penal, determinadas opciones morales o ideológicas en detrimento de otras.

c. Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. El derecho penal de este modelo se sigue declarando orgullosamente heredero del liberalismo político, y, en consecuencia, estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del Estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales para la convivencia acabados de aludir. Ello explicará las esdrújulas exigencias a satisfacer por los poderes públicos al establecer los comportamientos delictivos y las penas para ellos previstas, a la hora de verificar la concurrencia de unos y la procedencia de las otras en el caso concreto, y en el momento de la ejecución de las sanciones. El

⁶² Sobre el trasfondo incorrecto de este razonamiento, véase DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, 2003, ps. 74, 141-143.

temor a un uso indebido del poder punitivo conferido al Estado, que pudiera terminar afectando al conjunto de los ciudadanos, impregna todo el armazón conceptual del derecho penal garantista, desde los criterios con los que se identifican los contenidos a proteger, hasta aquellos que seleccionan las sanciones a imponer, pasando por los que se ocupan de estructurar un sistema de exigencia de responsabilidad socialmente convincente.

d. Existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales. Así, los efectos sociopersonales pretendidos con la conminación, imposición y ejecución de las penas, por muy necesarios que parezcan, en ninguna circunstancia deben superar ciertos confines. Uno de ellos es el de la humanidad de las sanciones, que viene a expresar que determinadas sanciones, o determinadas formas de ejecución de sanciones, son incompatibles con la dignidad de la persona humana, por lo que no pueden imponerse, cualquiera que sea la entidad lesiva del comportamiento o la intensidad de la responsabilidad personal. Otro de los confines a no superar es el de la proporcionalidad, en virtud del cual la pena debe ajustarse en su gravedad a la del comportamiento delictivo al que se conecta, debiendo mantener una correspondencia sustancial con él. Finalmente, la pena debe fomentar o, al menos, no cerrar el paso a la reintegración en la sociedad del delincuente, idea ésta que se configura como un derecho de todo ciudadano y se nutre tanto de una visión incluyente del orden social como del reconocimiento de la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

Pues bien, la tesis que quisiera exponer a continuación es la de que este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios politicocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el ga-

rantismo a recientes decisiones legislativas penales, se pierden en el vacío de la incomprensión social. No son, por lo demás, objeto de una cumplida réplica por sus promotores, porque el nuevo modelo carece, todavía, de una suficiente estructuración conceptual y principal, la cual terminará llegando tarde o temprano y, con ella, el modelo antagonista al del derecho penal garantista⁶³.

2. EL MODELO PENAL RESOCIALIZADOR

El nuevo modelo que se está asentando inició su devenir en algunos sistemas jurídicos antes que en otros, y en eso tiene mucho que ver el modelo penal de intervención del que el modelo en ciernes se va desvinculando.

En efecto, durante los años sesenta y setenta del siglo XX ciertos ordenamientos jurídicos tomaron una decidida orientación a favor de lo que se llamó "el modelo resocializador". Este modelo se implantó contundentemente en ciertos países anglosajones, de modo especial Estados Unidos y Gran Bretaña, así como en los escandinavos, entre otros lugares. Su impulso lo recibía de la "ideología del tratamiento", la cual consideraba que la legitimación del derecho penal nacía de su capacidad para resocializar al delincuente, y que todo el instrumental penal debía reconducirse a esa finalidad.

Se trataba de una idea que ya tenía una larga tradición, desde los correccionistas españoles o positivistas italianos de la segunda mitad del XIX, pasando por las llamadas "escuelas intermedias" italiana y alemana de los años veinte y treinta y las teorías de la defensa social que florecieron en Italia y Francia en los años cuarenta y cincuenta, todas del último siglo. Pero lo realmente novedoso fue que el conjunto de países acabados de citar pretendieron, durante más de dos décadas, configu-

⁶³ Véase el contenido del Capítulo VII.

rar su modelo de intervención penal de acuerdo con esa idea de la resocialización del delincuente. Ello implicaba una serie de decisiones significativas, entre las que se pueden destacar las siguientes:

a. La pauta de actuación es, en efecto, la búsqueda de la reintegración en la sociedad del delincuente, objetivo al que han de acomodarse todos los demás. Eso conlleva que los otros efectos sociopersonales pretendidos tradicionalmente por la pena, queden en un segundo plano o sufrieran un descrédito sin paliativos. Éste era, sin duda, el caso de los dirigidos hacia el conjunto de la población, a saber, los encaminados a lograr una prevención general de los delitos mediante el aprovechamiento de los efectos intimidatorio, corrector de socializaciones defectuosas, o reforzador de la adhesión a los valores sociales, que se suscitan en los ciudadanos que perciben la reacción social negativa que el delincuente sufre tras la comisión de un delito. Pero, también, quedaban oscurecidos ciertos efectos dirigidos de modo directo a prevenir que el delincuente en concreto volviera a delinquir, como es el caso de la intimidación a su comportamiento futuro que éste recibe mediante la imposición de la pena, o su inoportunización para causar daños a la sociedad mientras dure su estancia en prisión.

b. La obtención de ese objetivo resocializador exigía arrumbar ciertas cautelas propias del derecho penal clásico. Así, se difuminan las referencias al hecho concreto realizado a la hora de determinar la responsabilidad de delincuente, prestando especial atención a sus condicionamientos personales y sociales en el momento de delinquir. Se promueven las penas indeterminadas, cuya duración y contenido quedan directamente condicionados por la evolución registrada en el proceso de reintegración en la sociedad del delincuente.

c. La pena de prisión es objeto de una valoración ambivalente. Por un lado, se considera que proporciona un marco espacial y regimantal que facilita las aproxima-

ciones reeducadoras a los delincuentes, de ahí que se fomenta un uso de ella desprovisto, en la medida de lo posible, de los componentes aflictivos y con características diversas según las necesidades de tratamiento a que deba atender. Por otro, se percibe que resulta difícil eludir las consecuencias negativas inherentes a todo internamiento y se impulsan, sobre todo en la segunda mitad del período de vigencia del modelo resocializador penas alternativas a la prisión con capacidades para conseguir el mismo objetivo resocializador pero llevando el delincuente una vida total o parcialmente en libertad.

d. El abordaje de la delincuencia se consolida como una tarea de expertos. Sin duda, compete a los profesionales de la policía y de la jurisdicción, pero sobremanera a un conjunto de profesionales de las ciencias del comportamiento que, a la búsqueda de las vías más eficaces para obtener la reintegración social del delincuente, aportan masivamente sus conocimientos en el momento de la determinación de la pena y, singularmente, durante su ejecución. Los políticos se inmiscuyen poco en lo que consideran una labor técnica, y la ciudadanía en general no muestra demasiado interés, salvo sucesos ocasionales, en lo que se hace con los delincuentes.

Sin embargo, este modelo resocializador sufrió un generalizado y rápido colapso desde mediados de los años setenta del siglo XX en los países que más se habían involucrado en él⁶⁴. Una breve exposición de las razones que llevaron a tal desmoronamiento podría ser como sigue:

a. Cunde el desánimo entre buena parte de sus defen-

⁶⁴ Un documento europeo especialmente ilustrativo en su momento, fue el elaborado a mediados de los años 70, y publicado en 1978 por el Comité Nacional Suco para la Prevención del Delito, titulado, en su traducción española, "Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1979, *passim*.

sores respecto de la eficacia de las técnicas de tratamiento. Se extiende la idea de que se ha estructurado todo un sistema que, en último término, ofrece escasos frutos.

b. Se asienta la impresión de que el énfasis en la resocialización del delincuente constituía, objetivamente, una cortina de humo que velaba las responsabilidades de la sociedad en su conjunto, de los sectores sociales más favorecidos de ella, y de los propios órganos de control en el surgimiento de la delincuencia o, incluso, en la definición de lo que podía considerarse como tal. Los movimientos propios de la criminología crítica juegan un importante papel al respecto, desde fuera y desde dentro del modelo resocializador.

c. Se reavivan los argumentos propios del modelo garantista que cuestionan la legitimidad de llevar a cabo injerencias tan intensas sobre los derechos y la personalidad del individuo delincuente. Se reclama, por un lado, el restablecimiento de las garantías individuales vinculadas a que la responsabilidad derive exclusivamente del hecho concreto realizado, a penas de duración determinada y a la reducción del arbitrio judicial y penitenciario. Se cuestionan, por otro lado, las pretensiones resocializadoras en la medida en que, con frecuencia, no se limitan a asegurar el futuro acatamiento externo de la norma por parte del delincuente, sino que aspiran a modificar profundamente la personalidad de éste.

d. Otros efectos sociopersonales de la pena, como la intimidación al conjunto de la sociedad, o la intimidación o inocuización del delincuente, recuperan su prestigio. La eficacia de lo primero exige catálogos de penas que garanticen proporción con la gravedad de la conducta realizada, al margen de las características del delincuente. El desarrollo de lo segundo supone olvidar la exigencia de proporcionalidad cuando estemos ante delincuentes reincidentes, cuya confrontación exige largas condenas de prisión en buena medida ajenas a la evolución del interno.

CAPÍTULO IV EL NUEVO MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Un autor británico, Garland, ha puesto de manifiesto que todas esas modificaciones en los modelos de intervención penal al uso se limitan a reflejar un cambio más profundo de las creencias y formas de vida de la sociedad moderna, el cual estaría transformando la política criminal. A tales efectos, colocándose en un nivel de análisis superior, ha intentado identificar un conjunto de rasgos que responderían a esos cambios en las actitudes sociales, y que constituirían, al mismo tiempo, un buen compendio del nuevo modelo de intervención penal en curso⁶⁵. Esas características han sido formuladas desde la experiencia reciente estadounidense y británica, es decir, en relación con sistemas jurídicos que respondían, hasta hace poco tiempo, al modelo penal resocializador. Sin embargo, considero que desentrañan un buen hilo conductor de las modificaciones que,

⁶⁵ Véase GARLAND, *The culture of control*, The University of Chicago Press, 2001, *passim*, y, sintéticamente, ps. 6-20.

con más retraso, se están produciendo en los sistemas jurídicos hasta ahora más vinculados al modelo penal garantista, como es el caso de la mayor parte de los ordenamientos europeos e iberoamericanos. Si esto fuera así, no sólo habríamos encontrado el instrumento analítico que buscábamos en el capítulo anterior, sino que, además, tendríamos ya identificados los rudimentos del nuevo modelo de intervención penal y sentadas, por tanto, las bases de su crítica.

Inspirado en buena medida en el citado análisis de Garland, expongo a continuación las que considero ideas motoras del nuevo modelo de intervención penal que se está configurando, empleando como ordenamiento jurídico de referencia al español.

1. PROTAGONISMO DE LA DELINCUENCIA CLÁSICA

La delincuencia clásica, esto es, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad, y libertad en sus diversas facetas, que durante dos siglos ha constituido el grueso de los asuntos abordados en la jurisdicción penal, ha superado el riesgo de pérdida de protagonismo que en algún momento se pensó que iba a sufrir. En efecto, durante las últimas décadas de la segunda mitad del siglo XX, parecía asentarse la idea de que el derecho penal debía extender su ámbito de aplicación a la criminalidad propia de los poderosos, y ciertamente se produjeron en el ámbito legislativo avances muy significativos en ese sentido, de entre los que es singular ejemplo el renovado catálogo de delitos introducido por el Código Penal español de 1995. También se han registrado esfuerzos, por parte de determinados sectores judiciales, para tomarse en serio las antiguas y nuevas provisiones legales que

penan comportamientos delictivos habitualmente llevados a cabo por sectores socialmente privilegiados⁶⁶.

Sin embargo, sólo unos pocos años más tarde, predomina en la opinión pública una actitud resignada frente a los obstáculos con que ha tropezado el intento de asegurar la operatividad sin excepciones del nuevo catálogo de delitos del Código Penal. Las causas de tal pesimismo son diversas: por un lado, se tiene la impresión de que los poderosos, mediante asesoramientos técnicos sólo accesibles a personas con su nivel económico o respaldo político, han sido capaces de explotar hasta límites abusivos las garantías del derecho penal y procesal penal, logrando así eludir en gran medida la persecución penal, la condena o el cumplimiento de las sanciones. En segundo lugar, se ha generado la percepción social de que en todas esas intervenciones penales resulta difícil eludir el aprovechamiento sectario del asunto por parte de los agentes políticos; el fenómeno de la judicialización de la política termina dejando en segundo plano la verificación de la realidad y la valoración de la gravedad de las conductas enjuiciadas, sepultadas bajo acusaciones recíprocas de conductas semejantes.

Un factor adicional, en absoluto desdeñable, ha sido la actitud contemporizadora de la doctrina penal con los obstáculos surgidos en la persecución de este tipo de delincuencia: lo que comenzó siendo una preocupación, por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos

⁶⁶ No creo que la extendida persecución de los delitos relacionados con drogas deba incluirse entre la criminalidad de los poderosos, dado el ambiente socialmente marginal en el que se mueve, y sin perjuicio de los importantes beneficios que ciertos sectores de tal delincuencia obtienen.

En los modelos de descripción legal y de persecución del derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa en la intensidad de persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida "expansión del derecho penal" no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos. Ello se pretende legitimar mediante la contrapartida de un incremento de la efectividad del derecho penal en ese ámbito, a lograr mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y, mucho menos, creíble⁶⁷.

⁶⁷ En la discusión española, y probablemente en la europea en general, ha formulado la propuesta más perfilada Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas 2001. En esta segunda edición de la obra, en contraste con lo que sucedía en la primera de 1999, el autor ha empezado a caer en la cuenta de que el fenómeno de expansión de la criminalización que padecemos ya no gira tanto en torno a las nuevas formas de delincuencia socioeconómica -por utilizar un término simplificador- como en derredor de la delincuencia clásica a partir de las demandas de "ley y orden". Sin embargo, la inercia del análisis ya desarrollado en la primera edición le juega una mala pasada. Le conduce a intentar explicar dos fenómenos reales, pero que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a las mismas causas y a las mismas exigencias ideológicas. Me refiero, por un lado, a la llamada "modernización" del derecho penal, orientada sustancialmente contra la criminalidad de los *poderosos*, y, por otro lado, a las demandas de "seguridad ciudadana",

Frente al desdibujamiento que los problemas antedichos parecen crear sobre la criminalidad de los *poderosos*⁶⁸, la delincuencia clásica está más presente que nunca en el imaginario colectivo.

2. PREVALENCIA DEL SENTIMIENTO COLECTIVO DE INSEGURIDAD CIUDADANA

La consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana: como con-

dirigidas mayoritariamente contra la delincuencia callejera y clásica y, por tanto, contra los sectores sociales más desfavorecidos y los *marginales*. Y el desenfoco de ese análisis se acentúa, por lo demás, cuando se percibe que, para Silva, lo que marca la pauta en la expansión del derecho penal son precisamente las exigencias de "modernización" y no las de "seguridad ciudadana".

En resumidas cuentas, a mi juicio el análisis de Silva adolece de un defecto original: concibe la expansión del derecho penal como un movimiento contra los poderosos, siendo así que, desafortunadamente, la nueva política criminal tiene como preferente objeto de atención, tanto cuantitativa como cualitativamente, a las clases sociales más desfavorecidas y a la delincuencia clásica. Sobre todo esto nos ocuparemos con detalle en el Capítulo VII.

⁶⁸ Que tal difuminación de los perfiles de este tipo de delincuencia empieza a tener consecuencias prácticas es algo evidente si se analizan ciertas medidas *pretendidamente* encaminadas a mejorar la efectividad de su persecución, como es el caso de la recientemente introducida obligación del ministerio fiscal de poner en conocimiento de los sospechosos el contenido de las diligencias de investigación a ellos afectantes o la limitación de la duración de tales diligencias a seis meses, salvo prórroga acordada por el fiscal general del Estado -reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por LO 14/2003-, o la significativa elevación, en términos absolutos, de los cuantías monetarias mínimas para que concurran delitos socioeconómicos, como el abuso de información privilegiada en la Bolsa, o los contrarios a la Hacen-

secuencia de una diversidad de factores, algunos de los cuales serán aludidos más adelante⁶⁹, desde hace unos se ha incrementado, años en la población, tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito⁷⁰. Tales actitudes

da pública o la Seguridad Social -reforma de los arts. 285, 305, 307, 308 y 310 del Código Penal en virtud de la LO 15/2003-. Con todo, se han de salvar los positivos efectos que para una seria persecución de la delincuencia socioeconómica habrán de tener las previsiones contenidas en la LO 7/2003, relativas a la necesaria satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito para acceder a la libertad condicional o al tercer grado de ejecución de la pena de prisión -arts. 90.1, p. 2, Código Penal, 72.5 y 6 de la Ley General Penitenciaria, entre otros preceptos-.

⁶⁹ Entre los cuales no puede ser el más importante el efectivo incremento de la tasa de criminalidad en España, que pese al aumento, ya moderado, de los últimos años, sigue estando por debajo de los países de nuestro entorno. Véase lo dicho en Capítulo I.

⁷⁰ Si la delincuencia y la inseguridad ciudadana eran mencionadas, a mediados de 2001, como uno de los tres problemas principales de España por el 9% de los españoles, lo que les colocaba en quinto o sexto lugar de la lista de preocupaciones de la comunidad, durante la mayor parte del año 2003 se referían a ellas porcentajes iguales o superiores al 20%, habiéndose consolidado como la tercera preocupación más importante. De modo equivalente, a mediados de 2001 el miedo a sufrir un delito era uno de los tres problemas personales más importantes mencionado por alrededor del 9% de los encuestados, ocupando el cuarto o quinto lugar en el catálogo de problemas personales de los españoles, mientras que bien entrado 2003 lo consideraban uno de los tres primeros problemas personales entre el 15 y el 20% de los encuestados, ocupando entre el segundo y tercer puesto en el listado de problemas personales. Véase CIS, "Barómetros mensuales". Un estudio reciente sobre las características del miedo al delito en España se encuentra en MEDINA ARIZA, "Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España", RECPC, 2003, nº 5-03, ps. 3-6 a 12, y 3-16 a 18.

se producen, además, en un contexto peculiar, con dos rasgos especialmente significativos:

Por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actividad muy difundida en los años setenta y ochenta, que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de "predador sexual", "criminal incorregible", "asesino en serie", "jóvenes desalmados", que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente.

Por lo demás, esa preocupación o miedo por el delito ya no se concentran en los ámbitos sociales más consientes o temerosos de la delincuencia, sino que se han extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de tales sentimientos. La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población⁷¹.

⁷¹ Sobre la controvertida discusión respecto a qué es causa y

Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados no tanto para reducir efectivamente el delito, cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia⁷².

3. SUSTANTIVIDAD DE LOS INTERESES DE LAS VÍCTIMAS

Durante mucho tiempo, los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos. Su tutela se obtenía en la medida en que la incidencia del delito sobre determinados ciudadanos suponía un perjuicio a los intereses de la sociedad en su conjunto. De hecho, este requisito sigue fundamentando la caracterización del derecho penal como un sector del derecho público, diferenciado del derecho privado. Se ha sostenido, incluso, el principio de neutralización de la víctima, con el que se quiere expresar que las víctimas deben de tener una capacidad de intervención en la re-

qué efecto en la relación entre interés social por la delincuencia y atención a ella por los medios, véanse referencias en DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...*, cit., ps. 25-27.

⁷² Esta pretensión ha sido uno de los nichos más fructíferos de la legislación simbólica, la que utiliza el derecho penal para fines ajenos a aquellos que fundamentan el uso del derecho penal. Véase DíEZ RIPOLLÉS, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en, *del mismo*, *Política criminal y derecho penal*, Tirant, 2003, ps. 80 y ss.

acción penal lo suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando. En cualquier caso, parecía evidente que un correcto entendimiento de la utilidad pública impedía contraponer toscamente los intereses de las víctimas con los intereses de los delincuentes por un juicio justo y por una ejecución penal atenta a sus necesidades de reintegración social. Ni siquiera el reciente desarrollo de la victimología, con su realce de medidas penales reactivas atentas a satisfacer los intereses de la víctima, puso en cuestión la debida consideración de los intereses del delincuente condenado.

Sin embargo, la plausible atención a los intereses de las víctimas ha adquirido, en los últimos tiempos, algunos sesgos novedosos: ante todo, son las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate politicocriminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas. En segundo lugar, el protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas no admite interferencias, de manera que la relación entre delincuente y víctima ha entrado en un juego de suma-cero: cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios, supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena; y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente. Y es que, finalmente, lo que se ha producido es una inversión de papeles: es ahora la víctima la que subsume, dentro de sus propios intereses, los intereses

de la sociedad; son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos; éstos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes. El principio de neutralización ha modificado su curso: a las víctimas se les encomienda la tarea de asegurar que argumentaciones complejas y marginadas de los poderes públicos, que pretenden abarcar intereses sociales contrapuestos, sean mantenidas lo suficientemente alejadas como para que no interfieran en la adecuada satisfacción de los intereses de los directamente afectados por el delito⁷³.

⁷³ Un ejemplo bien ilustrativo de hasta dónde se puede llegar por este camino lo constituyen dos prácticas que se han asentado en EE.UU. en relación con la aplicación de la pena de muerte. Por la primera de ellas, a efectos de decidir si en un caso de asesinato se debe imponer la pena de muerte o basta con una pena privativa de libertad, la fiscalía puede fundamentar su petición de pena capital, al margen de en la gravedad del hecho cometido, en los graves sufrimientos que la pérdida del ser querido ha causado entre sus parientes y allegados, lo que materializa mediante la presentación de una "declaración de impacto sobre las víctimas", donde recoge los testimonios y dictámenes pertinentes. Por la segunda, ciertos Estados justifican la autorización para que los familiares y allegados de la víctima presencien la ejecución del delincuente en el ambiguo concepto psicológico de "punto final" (closure), que expresaría que los perjudicados por el asesinato recuperan la tranquilidad anímica perdida desde que se produjo el suceso y prolongada durante todo el proceso judicial, cobertura mediática..., etc., una vez que perciben directamente la muerte del causante de todas esas perturbaciones. Véase, sobre estas dos manifestaciones, ZIMRING, *The Contradictions of American Capital Punishment*, Oxford University Press, 2003, ps. 51-64.

4. POPULISMO Y POLITIZACIÓN

Los agentes sociales que resultan determinantes en la adopción y contenido de las decisiones legislativas penales, han sufrido modificaciones de gran calado.

Ante todo, los conocimientos y opiniones de los expertos se han desacreditado. Ello reza, desde luego, para las aportaciones procedentes de una reflexión teórica que, paradójicamente, ha logrado, en el ámbito de la interpretación y sistematización de la ley penal, niveles de precisión y rigurosidad conceptuales inalcanzables por otros sectores del ordenamiento jurídico; sus disquisiciones han dejado de ser, no ya sólo comprensibles, sino dignas de comprensión para influyentes sectores sociales. Pero la reputación de los especialistas insertos en la práctica judicial o de la ejecución de penas también se encuentra malparada; los jueces son vistos como un colectivo poco fiable que adopta, con frecuencia, decisiones alejadas del sentido común, y a los funcionarios de ejecución penal parece sólo preocuparles el bienestar de los delincuentes. Sólo la pericia policial, en su doble faceta preventiva de delitos y perseguidora de los ya cometidos, sigue siendo considerada imprescindible; en este caso, sus eventuales insuficiencias no llevan a cuestionar la utilidad de sus conocimientos, sino a proponer su perfeccionamiento y mejora⁷⁴.

⁷⁴ Según una encuesta del Instituto Opina para el diario *El País*, realizada a fines de 2003, las cinco instituciones mejor valoradas por los españoles son, por este orden, la guardia civil, la monarquía, la policía nacional, las comunidades autónomas, y la policía municipal. El sistema judicial aparece en el último lugar de las instituciones listadas en la pregunta, en el puesto número 14. Véase *El País*, 6/12/03.

En contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales, han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del Derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano.

Para que estos últimos agentes sociales puedan asentar su relevancia, es preciso que los agentes institucionales directamente vinculados con la creación del derecho otorguen a las demandas populares un acceso privilegiado, mediante el que puedan eludir los habituales controles burocráticos que en toda democracia velan por el fundamento de las iniciativas legislativas. A esta labor se aplican en los últimos tiempos, con extremado celo, fuerzas políticas de todo el espectro ideológico. Las vías para su éxito transitan, de forma singular aunque no exclusiva, por la aceleración del *tempo* legiferante y la irrelevancia, cuando no eliminación, del debate parlamentario e, incluso, del gubernamental; se trata de que los políticos puedan justificar la omisión de aquellas fases procedimentales en las que el protagonismo corresponde a profesionales expertos en virtud de la urgencia o del carácter indiscutible de las decisiones a tomar, se revistan tal urgencia e inapelabilidad del concepto de alarma social, de perentoriedad del problema, de con-

senso social, o de cualquier otro recurso retórico. Ello permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del derecho penal, y recolectar, ello mediante, los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa⁷⁵ suministra.

Esta dinámica populista y politizada tiene una serie de rasgos, entre los que quizás convenga destacar ahora dos de ellos.

El primero pondría de relieve que el descrédito de los expertos ha pasado de las palabras a los hechos: al inicial distanciamiento o incompreensión hacia sus propuestas o modo de proceder, ha sucedido una activa política encaminada a privarles del margen de discrecionalidad que, debido a su pericia, gozaban en su correspondiente ámbito decisonal. Ejemplos al respecto sobran en estos momentos, especialmente en el campo

⁷⁵ "Democracia directa" que abusa de las tramitaciones urgentes, que busca premeditadamente introducir importantes reformas del Código Penal en los últimos trámites parlamentarios —léase Senado—, o que aprovecha leyes, penales o no, con objetivos muy precisos para colar de rondón reformas penales cuya discusión parlamentaria se quiere evitar. Véanse las importantes reformas de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores que se incluyeron en las LLOO 9/2002, de reformas de los Códigos Penal y Civil en materia de sustracción de menores, y 15/2003, de modificación del Código Penal; o las irregularidades procedimentales legislativas que han acompañado la incorporación al Código Penal de los arts. 506bis, 521bis y 576bis, relativos a la convocatoria de referenda ilegales y de allegamiento de fondos para asociaciones y partidos políticos ilegales, entre otros supuestos. Véase también GONZÁLEZ CUSSAC, "La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal", Revista Xurídica Galega, n° 38, 2003, ps. 19-21, 32.

de la determinación de la pena y de su ejecución: es el caso de la reducción del arbitrio judicial a la hora de sustituir la pena o medida de seguridad, o el resto de pena por cumplir, impuestas a un extranjero residente ilegal por su expulsión del territorio nacional, o las restricciones en la aplicación del tercer grado, la libertad condicional, los permisos de salida o los beneficios penitenciarios, introducidas, respectivamente, en las LLOO 11/2003 y 7/2003⁷⁶.

El segundo rasgo se enuncia con facilidad: el manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate político-criminal, ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiera cabido esperar de la directa implicación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que ha sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifica cualquier postura que conlleve una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer, antes y más que el otro, las más superficiales demandas populares, ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas políticas criminales, que a alguno de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica⁷⁷.

⁷⁶ Sobre el progresivo desapoderamiento de la discrecionalidad judicial y penitenciaria que se está produciendo, véase también MAQUEDA AREU, "Crítica a la reforma penal anunciada", *Jueces para la democracia*, n° 47, 2003, p. 9.

⁷⁷ Véanse referencias, igualmente, en CANCIO MELIÁ, "¿Derecho

5. REVALORIZACIÓN DEL COMPONENTE AFLICTIVO DE LA PENA

La preeminencia obtenida por los intereses de las víctimas y el populismo han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción, en otros tiempos, se comprendía pero no se atendía; me refiero a los sentimientos de venganza, tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general.

A este factor se han añadido otros dos que han terminado de reforzar una transformación significativa del conjunto de objetivos a satisfacer por la pena:

Así, la resocialización del delincuente, pese a su soporte constitucional, ha dejado de tener los apoyos sociales suficientes para constituirse en un objetivo desatado de la ejecución penal. Ciertamente su cuestionamiento se inició entre los expertos, como más arriba hemos señalado⁷⁸, y tuvo una notable influencia en la reestructuración del modelo jurídicopenal en ordenamientos que habían apostado, casi en exclusiva, por el efecto resocializador de la pena. Pero la formulación de tales objeciones se inició hace ya más de dos décadas, y desde entonces se ha matizado notablemente la percepción experta sobre el tratamiento de los delincuentes. Ahora predomina una aproximación más realista y menos ideologizada a los frutos que pueden ofrecer las diversas técnicas disponibles, con ámbitos de intervención, como el relativo a desintoxicación e inserción de delincuentes drogadictos, que han mostrado sobradamente su efectividad⁷⁹. En el actual estado de cosas re-

penal del enemigo?", en JAKOBS-CANCIO, *Derecho penal de enemigo*, Thomson-Civitas, 2003, ps. 70-75.

⁷⁸ Véase Capítulo III.

⁷⁹ Véase una revisión empírica de la eficacia de los tratamien-

sulta, pues, injustificado colocar a la resocialización en un segundo plano frente a otros efectos sociopersonales de la pena, como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales. Sin embargo, la opinión pública tiende a valorar las medidas que, con las miras puestas en la reinserción social del delincuente, flexibilizan la ejecución penal, como un conjunto de favores inmerecidos que se hace a los delincuentes⁸⁰.

A esta idea va estrechamente asociada otra, en virtud de la cual ha quedado arrumbada, dentro del acervo de explicaciones sociales de la delincuencia, aquella que la consideraba en gran medida una consecuencia de las desigualdades sociales, sea a la hora de interiorizar las normas sociales, sea a la hora de disponer de los medios para desarrollar el plan de vida personal. Desde una visión marcadamente consensual de la sociedad, que minusvalora las diferencias de oportunidades entre sus miembros, la delincuencia se percibe como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad, que exige una respuesta que preste la debida atención a la futilidad de las motivaciones que han conducido a ella⁸¹.

los, moderadamente optimista, en REDONDO, "Criminología aplicada: Intervenciones con delincuentes, reinserción y reincidencia", *RDP y C*, 2ª época, 1998, n° 1, ps. 189 y ss. Información valiosa sobre la disponibilidad de tratamientos genéricos y específicos en las prisiones españolas se encuentra en CID MOLINÉ, "El sistema penitenciario en España", *Jueces para la Democracia*, n° 45, 2002, ps. 21-22.

⁸⁰ Sólo el tratamiento en general de los drogadictos delincuentes, así como los tratamientos que no conllevan una flexibilización significativa del régimen de cumplimiento de la pena, se aceptan sin reticencias por la población.

⁸¹ A ello no es obstáculo el estatus deshumanizado que el

El conjunto de los tres factores ha fomentado una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que, en buena parte, se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito. Baste con mencionar la introducción de penas de privación de libertad cuya duración práctica se acerca, en contra de una tradición bisecular en España, a la reclusión de por vida⁸², el notable endurecimiento del régimen penitenciario mediante el establecimiento de condiciones más estrictas de acceso al régimen de cumplimiento en tercer grado o a la libertad condicional⁸³, el renacimiento de las penas infamantes, como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales⁸⁴, o el aseguramiento de una efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso de

delincuente adquiere en el imaginario social, precisamente y de forma paradójica debido a su previa consideración como un ciudadano que, como cualquier otro, ha disfrutado de igualdad de oportunidades. Véase, al respecto, lo que ya mencionamos en el apartado 2 de este Capítulo.

⁸² Véanse los nuevos arts. 76 y 78 del Código Penal, tras la redacción derivada de la LO 7/2003. Es cierto que en otras épocas, sin ir más lejos durante el franquismo, existían penas de prisión hasta de 40 años, pero la institución de la redención de penas por el trabajo las reducía de forma prácticamente automática en una tercera parte, lo que ahora ya no es posible.

Los cambios que se han producido en el modelo penal han llevado en otros países a la reintroducción o expansión de la pena de muerte, o a la readmisión de penas corporales. Véanse referencias en GARLAND, op. cit., ps. 9, 142, 213, 257.

⁸³ Véanse referencias *supra*. En otros países se han restablecido las cuerdas de presos. Véase GARLAND, *Ibidem*.

⁸⁴ Véanse referencias en Silva Sánchez, op. cit., p. 147. En cier-

ejercicio de la acción popular por órganos del Poder Ejecutivo de las comunidades autónomas.

6. REDESCUBRIMIENTO DE LA PRISIÓN

El que la prisión es una pena problemática se ha convertido en un tópico, en el moderno doble sentido de la palabra, que ha estado presente en la reflexión política criminal desde hace bastantes décadas. En especial durante la segunda mitad del siglo XX, se convirtieron en lugar común una serie de consideraciones bien fundadas sobre los efectos negativos del encarcelamiento sobre los directamente afectados y sobre la sociedad en general. Mientras las penas largas de privación de libertad se consideraban inhumanas por la destrucción de la personalidad del recluso que solían conllevar, así como socialmente contraproducentes por generar inadaptación del recluso a cualquier futuro reintegro en la comunidad, las penas cortas de prisión se consideraban un factor de primer orden en la consolidación de pautas comportamentales delictivas en delincuentes de poca monta mediante el contagio con sus pares, ejerciendo un efecto socializador inverso al precisado. Ello fomentó, en especial en los países que más habían avanzado en el modelo resocializador, y como ya hemos señalado⁸⁵, un fuerte movimiento favorable a buscar penas que pudiesen sustituir, total o parcialmente, con ventaja la pena de prisión. Es el momento de desarrollo de sistemas efectivos de penas pecuniarias, de la aparición de las penas

los ordenamientos se ha recuperado la obligación de los reclusos de portar uniformes infamantes -a rayas...-. Véase GARLAND, *Ibidem*.

⁸⁵ Véase Capítulo III.

de trabajo en beneficio de la comunidad, de arrestos discontinuos, de libertades vigiladas o a prueba en sus diversas modalidades, de la revalorización de la reparación del daño como sustituto de la pena, y de los regímenes flexibles de ejecución penitenciaria.

Es cierto que en España el escepticismo hacia la pena de prisión sólo fue capaz de superar el ámbito teórico o académico cuando se iniciaron los trabajos de elaboración de un nuevo código penal, pero, aunque tarde, el nuevo Código Penal de 1995 constituyó una aportación significativa en ese sentido. Junto a la trascendente decisión de eliminar las penas de prisión inferiores a los seis meses, y la búsqueda de la efectividad en las penas pecuniarias mediante la adopción del sistema de días multa, se integraron en el sistema de penas nuevas sanciones, como la de trabajo en beneficio de la comunidad o los arrestos de fin de semana, directamente encaminadas a eludir desde un principio, o mediante su papel como sustitutivos, una pena de prisión cuestionada. No se olvidó tampoco de potenciar la institución de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ni de flexibilizar el régimen penitenciario, en especial en lo relativo a la obtención del tercer grado o la libertad condicional.

Sin embargo, una cosa es la plasmación en el Código Penal de este relativo distanciamiento de la pena de prisión, y otra cosa su real puesta en práctica. La mayor parte de esas medidas destinadas a ser una alternativa a la pena de prisión, nacieron huérfanas de los medios materiales y personales necesarios para su efectivo desarrollo. Las razones por las que un legislador, genuinamente interesado en este cambio de rumbo en la ejecución penal, pudo desatender aspectos tan esenciales de su decisión legislativa no son fáciles de comprender: junto a la defectuosa técnica legislativa usual en nuestro

país, en la que los preceptivos estudios sobre la futura implementación de las leyes no trascienden su cualidad de mero trámite del expediente administrativo, hay que pensar en el escaso hábito de operar con medidas propias del Estado del bienestar, como lo eran, sin duda, muchas de las modificaciones propuestas, que exigen inevitablemente nuevas aportaciones de recursos; a ello habrá que unir las rutinas judiciales y penitenciarias y, finalmente, el cambio político que sobrevino al poco tiempo, con el acceso al gobierno de una opción ideológica que se había mantenido al margen, cuando no opuesto, a la reorientación propuesta en el nuevo código.

Sea como sea, lo cierto es que el sistema días-multa no ha impedido que la cuantía de las multas se siga calculando de modo semiautomático, sin atender apreciablemente la diversa capacidad económica de los culpables; que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido sin haberse desarrollado a fondo sus potencialidades, dada la carencia de infraestructura material y personal, y que el trabajo en beneficio de la comunidad apenas se aplica debido a la falta de los correspondientes convenios con las instituciones que pudieran acoger a los trabajadores comunitarios. Las posibilidades de un tratamiento en libertad, propias de la suspensión de la ejecución de la pena, el tercer grado o la libertad condicional, no se han aprovechado más allá del ámbito de la drogodependencia, y la indudable mejora de la infraestructura penitenciaria, ahora de nuevo superada por el incremento de ingresos, se ha centrado en las condiciones de habitabilidad, descuidando la dotación de medios personales y materiales para las metas resocializadoras inherentes al régimen penitenciario⁸⁶.

⁸⁶ Sobre la limitada aplicación de las penas alternativas a la

Mientras todo este frustrante proceso sucedía en España, en naciones de su entorno cultural, en las que estaba bien asentado el sistema de penas alternativas a la prisión, se estaba produciendo un acelerado proceso de recuperación del prestigio de las penas privativas de libertad, lo que estaba dando lugar a las correspondientes reformas legales. Su recreditación no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que si bien se consideran escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos sociopersonales de la pena: en primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas han pasado al primer plano; en segundo lugar, los efectos inocuizadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales⁸⁷.

Dada la inestable evolución española, no es de extrañar que ese movimiento pendular haya encontrado campo abonado en nuestro país en cuanto se han producido unas mínimas condiciones favorables, como un transitorio incremento de la criminalidad, y un gobier-

⁸⁷ Véase el estudio sobre la prisión en los juzgados de lo penal, véase el ilustrativo estudio empírico coordinado por Cid-Larrauri, *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Tirant, 2002, *passim*.

⁸⁸ Véanse las referencias en GARLAND, op. cit., ps. 8-9, 175-179, 148-150, 154-165; SILVA SÁNCHEZ, op. cit., ps. 141-147.

no y oposición mayoritaria que pugnan por destacar en su lucha contra el crimen. Los frutos ya están en nuestras manos: sin haberse llegado nunca a ensayar seriamente las penas alternativas a la prisión, las reformas de 2003 han recuperado las penas cortas de prisión de tres meses en adelante en paralelo a la supresión del arresto de fin de semana; se ha incrementado la duración de las penas largas de prisión, y se han introducido importantes rigideces en el régimen penitenciario.

7. AUSENCIA DE RECELO ANTE EL PODER SANCIONATORIO ESTATAL

El derecho penal moderno se ha ido construyendo, desde hace algo más de dos siglos, dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intrusión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esa doble orientación ha originado que los modelos de intervención penal contemporáneos, cualesquiera que éstos fueran, estuvieran siempre refrenados en su tutela de los intereses sociales por una nunca ausente desconfianza de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgaban los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas.

Esta falta de confianza se asienta, por lo demás, en una tradición pocas veces interrumpida en el derecho penal moderno. Sin duda, es el elemento más característico del modelo de intervención garantista, pero también ha sido un componente destacado del modelo resocializador: más allá de lo que pudiera mostrar una visión superficial de su funcionamiento, en él se

adoptan las mismas cautelas, cuando no mayores, a la hora de establecer el ámbito legítimo de actuación de los poderes públicos encargados del descubrimiento y enjuiciamiento de las conductas delictivas. Ha sido, por el contrario, la presencia de ciertas expectativas, que luego se han mostrado exageradas, en la capacidad de las ciencias del comportamiento para hacer el *bien* al delincuente, lo que ha desencadenado los excesos en el campo de la ejecución penal que ya hemos comentado.

Pero las actitudes sociales están experimentando en estos momentos un cambio que, a mi entender, no tiene antecedentes en las sociedades democráticas modernas. Es cierto que determinados periodos históricos con regímenes políticos autoritarios suscitaron, en las masas sociales que los sustentaban, eliminados o acallados los vencidos o discrepantes, una crédula despreocupación por los métodos negadores de los derechos y libertades individuales empleados por los poderes públicos para controlar la delincuencia. Y también lo es que en regímenes democráticos se ha tenido demasiadas veces éxito en aislar y demonizar determinados ámbitos delincuenciales, de modo que en su persecución pudiera valer todo: en España, las conductas terroristas o las relativas a drogas son buenos candidatos a ejemplo.

Sin embargo, lo que ahora está sucediendo tiene matices nuevos: en el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la "delincuencia en su

totalidad", sin que la mayor visibilidad que, a no dudar, tiene la que hemos llamado delincuencia clásica deje fuera de este modo de proceder la delincuencia de cualquier signo. Dicho de otra manera, los ciudadanos no delincuentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo. Y esto sí que es una alarmante novedad en las sociedades democráticas.

Esa progresiva falta de recelo hacia el uso del instrumental punitivo está permitiendo, en primer lugar, reformas impensables hace poco tiempo. Basten, como ejemplo, la paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras y otros artefactos de control visual y auditivo, la simplificación de los procedimientos de adopción de medidas cautelares penales y aun civiles⁸⁸, la facilitación de la prisión preventiva⁸⁹, y la disminución del control judicial de los procedimientos penales mediante los juicios rápidos⁹⁰. Y en segundo lugar, está prestigiando modos de operar jurídicamente en los que el debido respeto de los derechos y libertades individuales quedan en un segundo

⁸⁸ Como en el caso de la reciente regulación de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, contenida en la L 27/2003 de 31 de julio.

⁸⁹ A partir de las LLOO 13/2003 y 15/2003.

⁹⁰ Dada el protagonismo adquirido por el impulso policial del procedimiento, así como el incremento de las conformidades. Véase LO 8/2002. Según datos facilitados a la prensa a comienzos de 2004 por el Consejo General del Poder Judicial, en alrededor de un 50% de los casos tramitados por el procedimiento de enjuiciamiento rápido se dicta sentencia de conformidad.

plano: en la policía, superado el distanciamiento popular que arrastraba desde los años de la dictadura, la eficacia y prontitud que se le demanda en la persecución del delito y descubrimiento de los culpables permite disculpar fácilmente actuaciones apresuradas que inciden sobre objetivos equivocados; el legislador ha de mostrar una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social; los jueces han de ser capaces de sortear los obstáculos de derecho material y procesal que puedan surgir, con tal de asegurar una justicia acorde, en tiempo y forma, a las demandas populares; y la principal misión de los funcionarios de ejecución de penas es garantizar, en todo momento, que el delincuente no sea tratado de un modo demasiado generoso.

8. IMPLICACIÓN DE LA SOCIEDAD EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

Durante mucho tiempo, el epígrafe precedente significaba que la comunidad asumía su responsabilidad en la génesis de la delincuencia, y que se aprestaba a estimular y desarrollar iniciativas dirigidas a eliminar la exclusión social de ciertos ciudadanos. Se trataba de brindar apoyo familiar, laboral, asistencial, a los delincuentes o a las personas en trance de convertirse en tales. La meta era anticiparse a la intervención de los órganos formales de control social -policía, administración de justicia...- mediante el reforzamiento de los vínculos sociales de esas personas. Ahora, los mismos términos significan otra cosa: cómo mejorar la colaboración con la policía en la prevención del delito e identificación y detención de los delincuentes.

En España apenas se ha desarrollado lo que en otros países se ha llamado "prevención comunitaria", correlato de la prevención policial. Ciertamente, el énfasis en

colaboración con la policía, sino que cada vez más los poderes públicos fomentan el desempeño, por la propia comunidad, de las funciones propias de los órganos formales del control social.

La expansión de la seguridad privada en el conjunto de Europa e Iberoamérica supone una dejación generalizada de responsabilidades por parte de los poderes públicos en relación con uno de sus cometidos fundamentales, la salvaguarda del orden público. Los argumentos eficientistas, que pretenden justificar esa retirada masiva de las fuerzas de orden público de tantos espacios colectivos, ignoran unos cuantos argumentos de fondo, desde la exigencia democrática de que el Estado es el único que ha de tener el monopolio de la fuerza, hasta la constatación de que el diferenciado acceso a la seguridad privada es un nuevo y creciente factor de desigualdad social. Y tampoco quicren recordar unas cuantas razones que versan, precisamente, sobre la eficiencia, desde las defectuosas prestaciones llevadas a cabo por un sector profesional cuyo meteórico incremento de efectivos ha contrastado con el notorio desinterés de la Administración Pública en el aseguramiento de su capacitación, hasta los motivos que han impedido a las fuerzas de orden público acometer una reestructuración que les hubiera hecho capaces de atender adecuadamente a la mayoría de esas demandas sociales de seguridad que ahora ha de atender, a su costa, la comunidad.

La asunción del control social penal por parte de la sociedad civil se extiende, asimismo, a fases posteriores a la de prevención o persecución policiales: es conocido que países europeos como Francia han desarrollado un sistema privado de establecimientos penitenciarios, lo que no ha dejado de sorprender en amplios sectores sociales. Pero deberíamos de ser conscientes de que

los objetivos perseguidos puede variar significativamente, más centrada la comunidad en su deseo de eliminar la inseguridad y miedo generados por la delincuencia en el espacio social donde tiene lugar la interacción social, y en asegurar compensaciones satisfactorias por los daños causados, mientras que para la policía la delincuencia es, sobre todo, un problema de orden público. Pero en último término todo se reduce a que la comunidad, mediante una estrecha colaboración con la policía, aprenda y acepte poner en práctica por sí misma técnicas y habilidades que permitan sustituir o incrementar la eficacia de las intervenciones policiales para prevenir o perseguir el delito. De esos afanes han surgido valiosos programas de diseño urbanístico o vial, anticitrimen, útiles programas de difusión de técnicas de autoprotección de las víctimas o de demanda de intervención inmediata⁹¹, pero también programas de control vecinal, que capacitan a los residentes de un barrio para informar de cualquier ciudadano desconocido y de aspecto inusual que transite por sus calles, lo cual, en aras de su mayor eficacia intimidatoria, se recuerda mediante los correspondientes indicadores callejeros⁹², o policías de proximidad, una de cuyas funciones específicas es recoger la mayor cantidad posible de información vecinal *en principio* delictivamente intrascendente.

Pero la directa implicación de la comunidad en la persecución del delito no queda limitada a tareas de

⁹¹ Es el caso de las diversas actuaciones españolas de mejora de la prevención y persecución de la violencia doméstica.

⁹² Conocidos en los países anglosajones como "Neighbourhood Crime Watch", o términos equivalentes.

España ya ha entrado decididamente en esa dinámica: el sistema de ejecución de las medidas imponibles a menores responsables de delitos descansa ya, en gran medida, en una red de centros e instituciones privadas, concertadas con la Administración Pública competente, en la que agentes privados ejecutan, entre otras, medidas de internamiento prolongadas y aplican el régimen disciplinario legalmente previsto. En el ámbito de la ejecución de penas de adultos, tampoco pueden pasarse por alto los ingresos de drogodependientes con pena suspendida o en libertad condicional en centros cerrados de desintoxicación regidos por agentes privados.

Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo, a nuestros efectos argumentales, es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad *del afán por lograr la inclusión social de los desviados, al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes*, lo que constituye un cambio de primera magnitud en las actitudes sociales ante la delincuencia.

9. TRANSFORMACIÓN DEL PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO

A los embates que está recibiendo el control experto de la criminalidad, que ya señalamos más arriba⁹³, hay que añadir una profunda transformación del abordaje de la delincuencia por uno de los sectores expertos más relevantes, la criminología. Durante las décadas de los cincuenta, sesenta y parte de los setenta del siglo pasa-

do, el estudio empirico-social del delito y del delincuente se centró en un enfoque etiológico que percibía la mayor parte de la delincuencia como un producto de la marginación y privación sociales: La defectuosa socialización, la escasez de oportunidades, el alojamiento en los márgenes de la sociedad del bienestar, junto con alteraciones comportamentales estrechamente vinculadas a lo anterior, explicaban convincentemente la criminalidad. La solución a esta disfunción social también estaba clara: reforzamiento de los instrumentos bienestaristas de integración social, medidas resocializadoras de los delincuentes. Los setenta y los ochenta presenciaron una accentuación de esta aproximación metodológica, cuando desde la teoría del etiquetamiento y los más amplios enfoques de la criminología crítica, las instituciones sociales que tenían encomendadas tareas de integración y de control sociales pasaron a ser consideradas factores directamente configuradores y generadores de la delincuencia. Eran sus sesgadas y poco fundamentadas decisiones de intervención las que terminaban decretando dónde se encontraba la delincuencia y quiénes eran los delincuentes. La solución pasaba por una transformación de la estructura política de nuestras sociedades.

Desde los noventa del pasado siglo, la criminología ha experimentado un profundo cambio de perspectiva: ya no son la marginación o exclusión sociales, ni siquiera las instituciones de integración y control sociales las que crean delincuencia, sino que la delincuencia surge por defecto, es la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procede es incrementar este último.

En el mejor de los casos, esa demanda de mayor control social no deja de reconocer el trasfondo de desigualdad social inherente a la mayor parte de los com-

⁹³ Véase subapartado 4.

portamientos delictivos, pero admite que los esfuerzos de integración social de esos sectores desfavorecidos deben ir precedidos de los directamente encaminados a garantizar la seguridad ciudadana, una seguridad más beneficiosa, ante todo, a los colectivos socialmente más desprotegidos y cuyo ejercicio es aconsejable supervisar estrechamente para evitar abusos⁹⁴. Pero esta visión es todavía heredera de los enfoques anteriores, y resulta desde sus inicios sobrepasada por otras aproximaciones metodológicas.

Acomodadas o no dentro de lo que se ha venido en llamar "criminología administrativa" o criminología actuarial⁹⁵, predominan orientaciones que niegan o se abstienen de resaltar el pretendido trato desigual de la sociedad o de sus instituciones hacia los que terminan convirtiéndose en delincuentes. En contraste, los delincuentes serían personas normales, bien integradas o integradas aceptablemente en la comunidad, que actúan de modo racional y que se limitarían a aprovechar las oportunidades de delinquir que se les ofrecen. Las soluciones a tales tentaciones han de transitar por dos vías fundamentales: por una parte, reforzando los efectos reafirmadores de la vigencia de las normas e intimidatorios, propios de penas suficientemente graves; dado que estamos ante ciudadanos que se comportan racionalmente, incorporarán fácilmente a su proceso

⁹⁴ Planteamientos en esta línea podrían ser compartidos por la llamada "criminología de la clase obrera", o los "nuevos realistas de izquierda".

⁹⁵ Véanse referencias en LARRAURI PUJAN, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, 1991, ps. 143 y ss.; GARRIDO-STANGELAND-REDDING, *Principios de criminología*, 2ª ed., 2001, Tirant, ps. 384-390.

motivacional tales costes, y terminarán desistiendo de realizar comportamientos delictivos; por la otra, hay que desarrollar políticas de prevención situacional, que desplazan la atención desde el delincuente al delito, y se centran en reducir las oportunidades para delinquir; ello exige hacer menos atractivos los posibles blancos delictivos mediante la introducción de medidas de seguridad de todo tipo, algunas de mero sentido común, las más incorporando medios técnicos, unas a ejecutar directamente por la comunidad, otras a descender en el nivel de control social institucional, todas ellas expresivas de una opción de lucha contra la delincuencia que ha decidido detenerse en el plano más superficial del comportamiento delictivo, sin interesarle las causas profundas de él.

Tampoco han faltado orientaciones, como la criminología feminista, que, sin desconocer las causas profundas de determinados comportamientos delictivos, ha dado primacía a las intervenciones penales frente a otro tipo de intervenciones sociales y, en consecuencia, ha sido una de las principales impulsoras de lo que podríamos denominar el "bienestarismo autoritario". En efecto, esta corriente de pensamiento ha puesto acertadamente de manifiesto la necesidad de desmontar la sociedad patriarcal, la cual ha sido capaz de superar, apenas alterada, las profundas transformaciones sociales que han tenido lugar en el siglo XX y de mantener, consiguientemente, insostenibles desigualdades sociales entre los géneros. Pero, además, la mayoría de las perspectivas feministas, a la búsqueda de una enérgica reacción social ante tal estado de cosas, han tenido éxito en extrapolar la significativa presencia en esa actitud patriarcal de conductas violentas hacia las mujeres, al conjunto de comportamientos sociales lesivos de los derechos indivi-

duales de éstas, de forma que se ha generalizado la imagen social de que la violencia es el vector explicativo de la desigualdad entre los géneros. Así ha conseguido que esta desigualdad se perciba indiferenciadamente como un problema de orden público, para cuya solución los mecanismos preferentes han de ser los penales.

Ello origina que el discurso se centre, en primer lugar, en asegurar una punición suficientemente grave de un número significativo de comportamientos patriarcales, ya no necesariamente violentos⁹⁶, mediante una entusiasta reivindicación de la pena de prisión y un paralelo desprecio de las pretensiones resocializadoras hacia los delincuentes, consideradas inútiles e indebidamente detractoras de recursos hacia las víctimas. En segundo lugar, asegurado el castigo, la ineludible transformación de las pautas y actitudes patriarcales difundidas por todo el tejido social encuentra de nuevo en el derecho-penal un instrumento técnico privilegiado, dada su pretendida capacidad para promover cambios sociales a través de sus efectos simbólicos: ello le otorga una función pedagógica superior a la de cualquier otro tipo de intervenciones sociales, las cuales, sin desaparecer, quedan en segundo plano ante la potencia socialmente transformadora del derecho penal.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, el nuevo estatus penal otorgado a las amenazas en el marco de la denominada "violencia doméstica".

CAPÍTULO V ESTRATEGIAS HACIA UN MODELO PENAL BIENESTARISTA

Una vez identificado ese conjunto de actitudes sociales, deberíamos evitar la tentación de limitarnos a reiterar el desdén hacia la mayor parte de estas evoluciones sociales. Propongo que intentemos comprender la postura del otro y su solidez, antes de plantearnos qué procede hacer y qué estrategias hay que desarrollar para conseguirlo.

1. LOS ERRORES DEL GARANTISMO

Ese intento de comprensión debiera comenzar por reconocer los errores cometidos por un pensamiento penal férreamente anclado en el modelo garantista. Desde la seguridad que da la indiscutible pertenencia a este modelo de reflexión jurídicopenal de quien esto escribe y de la mayor parte de los penalistas modernos, es hora de que iniciemos una seria autocrítica.

Pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables lo ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas

e ineludibles necesidades sociales. Eso se puede ejemplificar, por el momento, en tres aspectos:

El primero podría ser su olímpico desprecio hacia todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de los principios. Su descuido de las aproximaciones empíricas a la realidad del delito y del delincuente, ha permitido que su discurso politicocriminal se haya mantenido inmune a los cambios sociales que se han ido sucediendo. No se trata tanto de recordar, una vez más, la incomprensible desconsideración por su parte del estatus científico que se merece la criminología, sino de llamar la atención sobre la capacidad del modelo garantista para ignorar ciertas realidades que contradicen sus orientaciones politicocriminales: quizás la insensibilidad hacia la degradación de la convivencia en determinados barrios en los que se concentra el tráfico y consumo de heroína durante la pandemia de los años ochenta y noventa en Europa, y hacia las reclamaciones vecinales al respecto, es un ejemplo que afecta directamente a algunos de nosotros.

A estos últimos efectos, el garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima⁹⁷ para descalficar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos. Pensemos en las duras críticas formuladas al nuevo Código Penal español por la criminalización de conductas en el campo del derecho societario, bursátil o del ámbito so-

⁹⁷ Véase una crítica a su misma formulación en DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...*, cit., ps. 143-144.

cioeconómico en general; en las reticencias a las reformas penales encaminadas a una mejor persecución del terrorismo callejero o de baja intensidad, y en las objeciones de principio a una utilización del derecho penal para afrontar la violencia doméstica. El que ahora tales actuaciones no sean objeto de crítica por el garantismo, no nos exime de recordar lo que se dijo en el momento de su implementación.

Por último, podríamos citar la incomprensible actitud según la cual la reflexión juridicopenal se debe concentrar en una correcta interpretación de las leyes: ha de ser, sin más, mediante una aplicación judicial del Derecho acorde con los principios garantistas, salvaguardada en último término por el Tribunal Constitucional, como se satisfarán efectivamente las aspiraciones del derecho penal mínimo. Encerrados, consecuentemente, en la torre de marfil de la dogmática, desdeñosos de los vaivenes políticos, hemos dejado que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración. Como era de esperar, a la hora de interpretar esas leyes nuestros bienintencionados propósitos han tropezado con los propios límites por nosotros trazados: atrapados en el principio de legalidad, sólo nos queda, o bien cuestionar a éste, con lo que minamos el edificio dogmático laboriosamente construido, o bien esperar tiempos mejores, limitándonos a realizar una insignificante labor de zapa de la ley vigente mediante interpretaciones forzadas de ella.

En resumidas cuentas, la imagen de la academia juridicopenal en los últimos tiempos roza, en demasiadas ocasiones, la irresponsabilidad. Nos resistimos a entrar en las cuestiones politicocriminales candentes, para evitar ser abrasados en ellas, y preferimos refugiarnos

en el templado mundo de los conceptos jurídicos. Con ello renunciamos a desempeñar las tareas sociales que nos competen, incumplimiento que disimulamos torpemente mediante el empleo descalificante de un conjunto de lugares comunes.

2. EL DISCURSO DE LA RESISTENCIA

Quizás, de todos modos, no haya que perder los nervios. Podemos estar ante un fenómeno pasajero. Para nadie es un secreto que todo el mundo occidental desarrollado está registrando, en las dos últimas décadas, un generalizado reflujó del Estado de bienestar que, además de hacer difícil en ocasiones la distinción entre políticas conservadoras y progresistas, ha hecho que en nuestra sociedad haya arraigado un individualismo exacerbado, en el que cualesquiera explicaciones de la delincuencia que aludan a factores estructurales tengan dificultades para abrirse paso frente a las más simpáticas referencias al libre arbitrio del delincuente. Pero las negativas consecuencias sociales de tales programas de actuación ya son manifestadas en muchos países, y es previsible que sigan incrementando su visibilidad en éstos y en bastantes más.⁹⁸

España no es una excepción, y el ciclo conservador que transcurrió de 1996 a 2004 está haciendo sentir claramente sus efectos sobre el modesto Estado de bien-

estar laboriosamente construido en los años ochenta y comienzos de los noventa; y es de esperar que se vayan acumulando los datos sobre las nefastas consecuencias sociales a que tal política ha dado lugar⁹⁹.

De todas formas, a la espera de la reversión del fenómeno, no debiéramos olvidar el pavor electoralista de una parte de la izquierda. La adhesión de los socialistas a la política de ley y orden permite augurar que España no saldrá tan fácilmente de ese ciclo en lo que se refiere a materias afectantes de la seguridad ciudadana. Con cierto retraso respecto de sus homólogos británicos o franceses, la izquierda moderada española parece haber abrazado los postulados de la llamada "criminología de la clase obrera", o de los "nuevos realistas de izquierda"¹⁰⁰, y ha convertido la seguridad ciudadana en objetivo prioritario de la lucha contra la delincuencia, abandonando su tradicional aproximación a la criminalidad desde las causas, y no desde los síntomas.

Ante esta situación, el discurso de la resistencia tiene dos tareas delante de sí. Por un lado, reaccionar energicamente ante las propuestas entreguistas que, dentro de la propia reflexión jurídicopenal, propugnan legitimar la reciente evolución politicocriminal, vista como un fenómeno inevitable; por el otro, contraatacar plantando cara a los agentes sociales responsables de este estado de cosas politicocriminal.

⁹⁹ Una sugerente -¿y consoladora?- interpretación de las recientes reformas penales como desarrollo de la política criminal de la derecha en el poder, sin dejar de reconocer, con todo, la deriva socialista, se encuentra en GONZÁLEZ CUSSAC, op. cit., ps. 13-19, 22, 24, 28.

¹⁰⁰ Véase lo dicho *supra* en Capítulo IV, apartado 9.

⁹⁸ Véase, de todos modos, el ilustrativo análisis empírico de SCHERNGOLD, *The politics of street crime*. Temple University Press, 1991, ps. 29-71. 163-192, sobre los diferentes periodos de politización del tema de la criminalidad en EE.UU., y sus dudas respecto al carácter efímero y coyuntural que inicialmente les había atribuido.

En cuanto a lo primero, hay que rechazar aquellas posturas que pretenden dar carta blanca a los poderes públicos en su lucha contra la delincuencia. Así, la tesis conocida como el "derecho penal del enemigo"¹⁰¹, que propugna la creación de un Derecho represivo excepcional, aligerado de garantías y usuario de penas extremadamente duras, para determinadas formas de delincuencia que van desde la terrorista, pasando por muy diversos tipos de delincuencia organizada, hasta la delincuencia clásica o callejera habitual o profesional, constituye una defección en toda regla, con armas y bagajes, al campo de la ideología de la seguridad ciudadana. Su pretensión de fundamentar los excesos de intervención penal propuestos en el dato de que estamos ante individuos que han decidido autoexcluirse de los valores y normas de la sociedad en la que viven, lo que justificaría su consideración como extraños a la comunidad, muestra un sinnúmero de incongruencias que destácaromos más adelante¹⁰².

Baste con decir que, ante todo, supone la asunción del fin preventivo especial de la inocularización del delincuente, su aislamiento social, como fin prácticamente exclusivo de la pena en relación con esos delincuentes. En segundo lugar, implica renunciar de antemano a cualquier explicación estructural sobre las causas sociales de esa delincuencia, de forma que la pretendi-

¹⁰¹ Actualmente su defensor más decidido es JAKOBS, cuya última formulación al respecto parece estar en JAKOBS-CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, cit., ps. 21-56. Véase su aceptación, aunque más matizada, en SILVA SÁNCHEZ, (2001). op. cit. págs. 163-167.

¹⁰² Véanse Capítulos VII y VIII.

da autoexclusión de la sociedad se ve como fruto de decisiones libres y, hasta cierto punto, arbitrarias. En tercer lugar, aun si aceptamos su implícita hipótesis de que estamos ante delincuentes por convicción, sorprendente que en contra de lo que ha sido el tratamiento habitual en el derecho penal clásico y, desde luego, en el derecho penal garantista, su condición de delincuentes ideológicos les otorgue un estatus peyorativo en lugar de meliorativo o, al menos, neutro. Eso sería especialmente pertinente respecto del terrorismo, pero tampoco cabe excluirlo en ocasiones para ciertos tipos de delincuencia organizada, como determinados segmentos de la economía ilegal de drogas o del tráfico ilegal de mercancías o personas desde el mundo subdesarrollado al desarrollado. Finalmente, a la entronización de la inocularización, a la ceguera frente a las causas estructurales de la delincuencia, y a la plena comprensión de la delincuencia ideológica, actitudes todas ellas directamente incidentes sobre los enemigos de la sociedad, hay que añadir algo más: los efectos devastadores que, sobre la prevención general de comportamientos delictivos dirigida al conjunto de la sociedad, habrá de tener la constatación de que se reconoce a cualquier ciudadano el derecho a *salirse* del ordenamiento jurídico, adquiriendo un nuevo estatus que, sólo en caso de descubrimiento de sus actividades, puede resultarle desfavorable. Si a eso unimos la frecuente tendencia de las instancias de control social a ahorrarle esa decisión al ciudadano, tomándola ellas en su nombre, el cuadro resulta ya completo¹⁰³.

¹⁰³ Véase más ampliamente, sobre todo esto, Capítulos VII y VIII.

Reconocidos nuestros errores y nuestras actitudes abandonistas, procede ahora desenmascarar a un conjunto de agentes sociales que se han convertido en los portaestandartes de la nueva ideología de la seguridad ciudadana.

Ante todo, los medios de comunicación social: su avidez lucrativa, en unos casos; su sesgo ideológico, en otros, y la lucha por los lectores o la audiencia, en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen, una y otra vez, en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmite de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados; que se incremente, sin fundamento real, la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando¹⁰⁴.

En segundo lugar, la propia comunidad, asustada de lo que le cuentan y, a veces, de lo que directamente experimenta, y halagada hasta el hastío por todo tipo de agentes sociales ocupados primordialmente en exculparla de toda responsabilidad. Ella ha acabado creyéndose que una aproximación vulgar -en términos posi-

¹⁰⁴ Véase un interesante estudio de la campaña mediática desatada entre 2001 y 2003 por un diario tan influyente como *El País*, y secundada luego por numerosos medios de comunicación, sobre el pretendido incremento de la criminalidad en España durante esos años, en SOTO NAVARRO, op. cit., *passim*. Algunos datos ya se han recogido en Capítulo I.

vos, "de sentido común"- a la criminalidad, compuesta sustancialmente de mano dura y de amplias dosis de incompreensión e incomunicación intersubjetivas, es la única receta capaz de frenar el inminente caos social, siempre anunciado. Su desinterés por las aportaciones expertas en este campo no deriva sólo de la frecuente incompetencia de esos expertos, sino que, en buena medida, arraiga en el progresivo engrimiento de la plebe en las sociedades de masas¹⁰⁵, que le ha llevado a pensar que es ella la que debe tomar directamente minuciosas decisiones para el abordaje de muy diferentes y complejos problemas sociales, en lugar de dejarlas en manos de los expertos y exigir luego, eso sí, responsabilidad por los errores cometidos.

Pero esta situación sería poco menos que inimaginable si la política profesional no hubiera abandonado, desde hace ya algún tiempo, una de sus máximas de actuación irrenunciable: aquella que establece que los políticos son *creadores de opinión*, y no meros transmisores de las opiniones originadas en la comunidad. Sus desvelos por no permanecer en la oposición les llevan, con demasiada frecuencia, a olvidar, o, al menos, a arrumbar temporalmente, sus creencias antes que soportar las consecuencias electorales de mantener

¹⁰⁵ Un sugestivo ensayo sociológico sobre el papel de la masa como actor social en las modernas sociedades lo constituye la obra de SLOTERDIJK, *El desprecio de las masas*, Pre-textos, 2002, en especial págs. 9-29, 71-99, donde, entre otras cosas, sostiene que la sociedad de masas democrática persigue, ante todo, obtener la autoestima de la propia masa, lo que exige despreciar las diferencias individuales, sólo admisibles en cuanto artificialmente creadas y revocables.

opiniones en algún momento minoritarias. Poco más merece decirse de un fenómeno tan conocido.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL TERRENO

Ahora bien, si no nos conformamos con resistir, y queremos avanzar en la acreditación de un modelo de intervención penal distinto al de la seguridad ciudadana, debemos reconocer bien el terreno. Y para ello conviene que evitemos descalificaciones ideológicas apresuradas, que nos crean la ilusión de vivir en un mundo simple, dividido entre buenos y malos. Citemos algunas.

Uno de los factores determinantes de la crisis del modelo resocializador en los países que lo habían asumido de forma consecuente, fue el denominado movimiento de la "pena merecida" —*"just deserts"*—, que no sólo es impropio calificarlo en general como una orientación conservadora, sino que debe justamente valorarse como una recuperación del garantismo o una decidida incorporación a él. Constituyó, en gran medida, una contundente reivindicación de la vigencia de principios como los de proporcionalidad, seguridad jurídica o humanidad de las penas. Era, ante todo, una reacción frente a las arbitrariedades a que daba lugar la ideología del tratamiento. El que, finalmente, el conjunto de fuerzas actuantes en el desmoronamiento del modelo resocializador haya terminado primando en ordenamientos jurídicos muy significativos —EE.UU., Reino Unido— los efectos intimidatorios e inocuidadores de la pena, no era una consecuencia necesaria del cuestionamiento del modelo resocializador, que podía perfectamente desembocar en un retorno al modelo garantista, como fue de hecho el caso en los países escandinavos¹⁰⁶.

La idea de que garantizar la seguridad ciudadana es un objetivo cuya consecución beneficia de modo singu-

lar a las clases media/baja y baja de la sociedad, fue un acertado descubrimiento de las corrientes criminológicas que, desde aproximaciones progresistas a la delincuencia, huían de los excesos de la criminología crítica¹⁰⁷. La incorporación de este pensamiento a los programas políticos de la izquierda satisface justificadas demandas de su electorado: en ellas se aúnan la realidad de los colectivos víctimas de la delincuencia y desorganización social callejeras, con el imposible mantenimiento por más tiempo de una concepción ingenua del delincuente como mera marioneta de los condicionamientos sociales. Que ello haya dado lugar a propuestas de intervención centradas en los síntomas, y que la lucha contra las causas sociales de la delincuencia se haya quedado en una mera referencia retórica, sin autonomía programática ni contenido presupuestario dignos de mención¹⁰⁸, es una contingencia que no tendría por qué haberse producido.

¹⁰⁶ Véase una valoración en gran parte coincidente del movimiento del "just deserts", en SCHEINGOLD, op. cit., ps. 123-125, 141-145, 158-161, 186-192; en menor medida en GARLAND, op. cit., ps. 55-60.

¹⁰⁷ Véase *supra*, Capítulo IV, apartado 9.

¹⁰⁸ Un buen ejemplo de lo que digo se encuentra en el programa electoral del Partido Socialista español para las elecciones generales de 2004: el apartado dedicado a la delincuencia y la seguridad ciudadana ocupa 10 páginas, en las que, tras criticar la política del Partido Popular, describe la estrategia socialista en torno a dos pilares: el primero son las políticas de solidaridad y cohesión social, y el segundo un sistema público de seguridad eficaz. Sin embargo, al primer pilar dedica escasamente una página, con seis propuestas de las cuales sólo las dos primeras atienden propiamente al fomento de la inclusión social, y sin que

Por otro lado, el descubrimiento por algunos movimientos sociales, como los feministas, de la fuerza expresiva e integradora del derecho penal, y su uso moderado, hasta el punto de que en sus programas las propuestas de intervención punitiva arrinconan a aquellas de naturaleza puramente social, no puede hacernos olvidar que tales organizaciones sociales son alimentadas por corrientes ideológicas que luchan por consolidar y profundizar un Estado del bienestar para el que corren malos tiempos. Que sus meritorios esfuerzos concluyan, en demasiadas ocasiones, en lo que hemos venido en llamar un *bienestarismo autoritario*, de cortas miras, dudosa eficacia y escasa legitimación, es algo ciertamente a lamentar.

En cualquier caso, ni la reivindicación de la proporcionalidad y seguridad jurídica, ni un análisis realista de la delincuencia, ni las pretensiones de progresar en la construcción del Estado del bienestar, son actitudes ajenas al desarrollo de un modelo alternativo al de la seguridad ciudadana. Por mucho que en estos momen-

ninguna de las dos contenga una sola propuesta concreta, más allá de la puesta en marcha de un Plan nacional de prevención de la delincuencia. El segundo pilar ocupa, al menos, cuatro páginas y media, y está trufado de todo tipo de medidas y compromisos concretos para el desarrollo del modelo policial preconizado. En los pasajes adicionales dedicados a la política penitenciaria, pese a una decidida apuesta por la resocialización, sólo cuatro de las diez medidas propuestas tienen que ver directamente con programas de tratamiento, sin que haya una sola mención al fomento de penas alternativas a la prisión. La misma orientación se aprecia en el apartado específico referido a la lucha contra el tráfico de drogas. Véase Partido Socialista Obrero Español, "La democracia de los ciudadanos y ciudadanas. La España plural. La España constitucional". 2004.

tos, y en demasiadas ocasiones, estén contribuyendo, justamente, a su consolidación.

4. LAS EXPLICACIONES ESTRUCTURALES

A la búsqueda de explicaciones que ahonden en las transformaciones sociales que han llevado a este repentino cambio en el paradigma sancionador penal, pienso que la ideología de la inseguridad ciudadana es, en gran medida, una liviana cortina que vela un conjunto de malestares sociales que se han asentado firmemente entre la población en los últimos años. La relevancia otorgada a la delincuencia y a su control oculta, mediante una sencilla explicación, fenómenos sociales de mayor fuste y complejidad¹⁰⁹. Permitásemme aludir a dos de ellos especialmente significativos:

Estamos pagando las consecuencias derivadas del desmantelamiento del Estado del bienestar o, si se quiere, de su incipiente consolidación en España. Acontecimientos sociales de primera fila, como las reformas laborales que han conducido a la precariedad en el empleo, el deterioro de servicios sociales básicos como la sanidad y la educación, las dificultades para el acceso a la vivienda, la progresiva pérdida de generalidad de las obligaciones fiscales y de su carácter distributivo, entre otros fenómenos¹¹⁰, han hecho que las legítimas aspiraciones de am-

¹⁰⁹ Sobre la capacidad de la lucha contra la delincuencia para encubrir otros malestares sociales, véase la experiencia en EE.UU. narrada por SCHEINGOLD, op. cit., ps. 68-69, 172-177, 181-183.

¹¹⁰ Se pueden mencionar algunos datos españoles significativos: según Eurostat, España era en 2000 el penúltimo país de la Unión Europea en porcentaje de PIB dedicado a gasto social.

plios sectores sociales, de desarrollar un proyecto vital coherente y con proyección en el tiempo, se estén viendo frustradas. Ello da lugar, entre las capas sociales perjudicadas por esta evolución, a una sensación de inestabilidad personal que no favorece la comprensión hacia los comportamientos delictivos, los cuales se perciben, en buena medida, como actuaciones ventajistas que pretenden beneficiarse del respeto a las normas por los demás a la hora de lograr los mismos objetivos sociales; por su parte, los sectores sociales que están sacando provecho de toda esta desregulación no ven motivos para aportar

comprensión hacia un tipo de comportamientos, los de la delincuencia clásica, que sólo reflejan un insuficiente esfuerzo de ciertos sectores sociales para ajustarse a las nuevas realidades sociales¹¹¹.

Tampoco hay que olvidar el extendido desconcierto personal que está originando un mundo cada vez más complejo y en rápida transformación: la sensación de que la sociedad evoluciona espontáneamente, sin ninguna dirección previsible y menos controlable, la conciencia de que las exigencias de la mundialización superan con creces las capacidades individuales, el recelo ante una inmigración desbordada¹¹², con frecuencia

El empleo precario supone ya, tras unos pocos años de vigencia de las nuevas normas de contratación laboral, más del 30% de todo el empleo y, para hacerse una idea de su evolución, baste decir que en la provincia de Málaga el 92% de todos los contratos firmados en 2003 fue temporal, con una duración media de 80 días. Por lo que se refiere a la sanidad, España ocupa, según la OCDE, el penúltimo lugar de la UE en gasto de salud por habitante. El gasto público estatal destinado a la vivienda ha pasado del 1% de 1993 al 0.5% en 2004, y si la vivienda protegida constituía el 30% de las viviendas iniciadas en 1996, en 2003, apenas llegaba al 7%; el porcentaje de ingresos destinado por las familias a pagar la hipoteca se aproxima al 50% en 2003, cuando en 1996 apenas superaba el 30%. La APIFE, asociación que aglutina a más del 90% del colectivo de inspectores que trabaja en la Agencia tributaria denunció reiteradamente en 2004 el sesgado control del fraude tributario que se llevaba a cabo, centrado casi de modo exclusivo en los que ya declaraban, y que estaba dando lugar a graves lagunas de inspección en el ámbito de la actividad financiera e inmobiliaria, llegando a afirmar que pareciera que las últimas reformas prevías a esa fecha fueron encaminadas a facilitar la evasión fiscal de tales colectivos. Véanse informaciones, y referencias adicionales de la fuente, en diario *El País*, 25/1/2004, 26/1/2004, 27/1/2004, 30/1/2004, 31/1/2004, 12/2/2004 (País Andalucía).

¹¹¹ En un sentido cercano, a la hora de interpretar las causas de las últimas reformas penales, SÁEZ VALCARCEL, "La inseguridad, lema de campaña electoral", *Jueces para la Democracia*, n.º 45, 2002, *passim*; MAQUEDA ABREU, op. cit., *passim*; ZUGALDIA ESPINAR, "Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho", en OCTAVIO DE TOLEDO-GURDIEL-CORTÉS, *Estudios penales en recuerdo del prof. Ruiz Antón*, Tirant, ps. 1-2, 4, 9.

Una contundente explicación del modelo de seguridad ciudadana, desde la perspectiva de un Estado económicamente desregulado y socialmente desmantelador o condicionador de las políticas de asistencia social, se encuentra en WACQUANT, "Las cárceles de la miseria", cit., *passim*. El autor, al hilo de la experiencia que ya ha tenido lugar en EE.UU. y que a su juicio se está asentando en Europa, con abundancia de datos empíricos, concluye que el Estado de la seguridad que está sustituyendo al Estado del bienestar se caracteriza por una selectiva y masiva intervención penal, tanto penitenciaria como extrapenitenciaria, sobre las clases socialmente más desfavorecidas y laboralmente más incompetentes, entre las que pasa asimismo a desempeñar un papel asistencial autoritario, en cuanto vincula cada vez más la asistencia a la aceptación por los beneficiados de ciertas condiciones laborales e intromisiones en su vida privada.

¹¹² Se ha pasado de una tasa de inmigrantes ajenos a la UE

extraña, y recipiendaria de todo tipo de actitudes pre-juiciosas, por no citar más que algunos hechos, originan ciertamente un replegamiento hacia identidades colectivas que parecen ofrecer un suelo firme sobre el que caminar. Pero también fomentan visiones de exclusión social que buscan, a través de la estigmatización de ciertos colectivos sociales, la confianza perdida en uno mismo y en los más cercanos.

El modelo de seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades antedichas. Se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nitidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales... Suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible.

5. LOS CONDICIONAMIENTOS OPERATIVOS Y ESTRATÉGICOS

Ahora bien, que la ideología de la seguridad ciudadana haya sido capaz de suministrar todo ese conjunto de utilidades al imaginario colectivo, tiene mucho que ver con una serie de condicionamientos de ciertos operadores jurídicos que no pueden ser pasados por alto. Todos ellos pueden resumirse en la constatación de que las visiones estructurales de la delincuencia, aquellas que buscan sus

de un 1,5% en 1999 a otra cercana al 6% en 2003, o lo que es lo mismo, a un ascenso de 600.000 a dos millones y medio en cuatro años, lo que es sorprendente aun contando con el significativo aforamiento de la inmigración irregular a través de las cifras de empadronamiento. En 2006 la inmigración supone ya casi el 10% de la población española, con cuatro millones y medio de inmigrantes, y se calcula que en 2010 la población inmigrante constituirá ya el 14% del total de la población española.

causas en factores sociales o ambientales, tienen graves inconvenientes para ser asumidas por agentes sociales relevantes en este campo. Una imagen inversa muestran las visiones volitivas de la delincuencia, que la explican como efecto de decisiones racionales y libres del delincuente. Lo que ahora sigue no es, por tanto, un análisis de los diferentes orígenes ideológicos y culturales de las visiones estructural y volitiva de la criminalidad, ni de las razones que explican el actual predominio de la segunda, sino algo más inmediato, un recordatorio de ciertas inercias sociales que favorecen el enfoque volitivo.

Un enfoque estructural de la delincuencia tiene el importante inconveniente de que coloca al *Poder Ejecutivo*, así como a un *Poder Legislativo* que carece de autonomía respecto de él, ante sus propias responsabilidades: si el delito encuentra buena parte de su explicación en causas sociales, ellos son los primeros responsables de la corrección de las políticas existentes, o de la adopción de nuevas iniciativas que contrarresten la insatisfactoria situación existente. Por el contrario, una explicación volitiva del delito permite al Ejecutivo y al Legislativo desplazar nitidamente la responsabilidad hacia un tercero, el delincuente.

El enfoque volitivo, al partir de la generalizada asunción de que todos los ciudadanos están en condiciones de responder plenamente de sus decisiones, deja, además, un amplio margen para medidas legislativas de naturaleza simbólica, cargadas de fuerza comunicativa y provecho electoral: su insatisfactoria eficacia o efectividad siempre puede resultar enmascarada por el incontrovertible dato de que, en último término, la culpa de la persistencia de la delincuencia es de quien delinque¹¹³.

¹¹³ Por lo demás, la progresiva transferencia de las competen-

Por lo demás, una decidida aproximación estructural a la delincuencia resulta difícilmente accesible a la *jurisdicción*, justo lo contrario de lo que sucede con la perspectiva volitiva. Los jueces tienen una limitada capacidad para activar, mediante sus decisiones, medidas de intervención social centradas en las causas de la criminalidad. Aun cuando se eche muchas veces en falta, por su parte, una apuesta inequívoca a favor de penas de reintegración social -exigencia efectiva de participación en programas de rehabilitación en el marco de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o de su sustitución, trabajos en beneficio de la comunidad, multas adaptadas a la capacidad económica del delincuente y susceptibles de afectar a su nivel de vida...¹¹⁴-, es lo cierto que su real funcionamiento depende de los recursos humanos y materiales que se pongan a su disposición por las administraciones competentes en la ejecución de penas. Y, en cualquier caso, las decisiones judiciales nunca podrán tener incidencia directa en los factores sociales que no estén inmediatamente vinculados a la persona del delincuente.

Paradójicamente, el enfoque volitivo permite a los jueces y tribunales compensar de algún modo su inoperancia estructural. En efecto, una aplicación esmerada de las categorías que fundamentan la responsabilidad

de desarrollo y ejecución de las decisiones policriminales a las comunidades autónomas en España está descubriendo un nuevo nicho del derecho penal simbólico, en la medida en que la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de previsiones legales *ab initio* inadecuadas, pero simbólicamente útiles para el órgano nacional que las aprueba, se desplaza a los órganos autonómicos y locales encargados de su ejecución.

¹¹⁴ Véase lo mencionado *supra*, Capítulo IV, apartado 6.

penal a la hora de enjuiciar el comportamiento del presunto delincuente, posibilita desarrollar indirectamente las actitudes de comprensión hacia los condicionamientos sociales de la delincuencia. Pero ello no impide que la atención siga centrada en el comportamiento y la persona objetos concretos del enjuiciamiento, y que se haya de forzar una vía, la del garantismo, que tropieza con serias resistencias sociales¹¹⁵.

Tampoco parece que las circunstancias en las que, en la actualidad, se desenvuelve la actividad de los *medios* favorezcan el que éstos realicen aportaciones estructurales sobre la delincuencia. Ya hemos señalado más arriba, en diferentes lugares¹¹⁶, el papel decisivo que están desempeñando en la consolidación de una visión volitiva de la delincuencia a través del fomento del modelo de la seguridad ciudadana. Baste añadir ahora que el apresuramiento, al parecer inevitable, en la elaboración de sus contenidos, y la conveniencia de "poner cara" a cualquier asunto, por muy abstracto que resulte, son factores también determinantes en el enfoque volitivo, en ellos casi exclusivo.

Finalmente, hay un agente social que ha abdicado de su tradicional misión de poner de manifiesto los condicionamientos sociales del delito, la *criminología*. Por razones a las que ya he aludido más arriba¹¹⁷, influyentes

¹¹⁵ Véase un ilustrativo análisis del modo en que en EE.UU. se producen estos mismos fenómenos en las instancias legislativa, ejecutiva y judicial, con especial agudeza analítica respecto de esta última, en SCHENKOLD, op. cit., ps. 21-28, 113-117, 146-161, 163, 165-172, 181-192.

¹¹⁶ Véanse *supra*, por ejemplo, apartado 2, y Capítulo IV, apartado 4.

¹¹⁷ Véase *supra*, Capítulo IV, apartado 9.

centros de estudio criminológicos se han sentido obligados a purgar los excesos cometidos en la época crítica dando vía libre, e, incluso, asumiendo y fomentando corrientes interpretativas nunca desaparecidas, para las que las explicaciones sociales son una mera coartada para no adoptar políticas verdaderamente eficaces contra los delincuentes, reales o potenciales.

6. LA ALTERNATIVA DEL MODELO PENAL BIENESTARISTA

Tras todo lo que llevamos dicho, algo creo que ha quedado claro: el debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea no oscila entre los polos de más o menos garantismo, sino sobre los modelos más eficaces de prevención de la delincuencia. En ese sentido, la alternativa al modelo de la seguridad ciudadana no es el modelo garantista, sino un *modelo penal bienestarista*, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia. Y los términos del debate se desenvuelven, en consecuencia, en el campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar¹¹⁸. La contraposición entre estas dos perspectivas, sin perjuicio de que ninguna renuncie plenamente a confrontados de la otra, refleja el contraste entre un afrontamiento ingenuo, tosco, de la delincuencia, centrado en los síntomas e incapaz de ver más allá del corto plazo, y un abordaje de la criminalidad experto, consciente de la

¹¹⁸ En mucha menor medida, también tienen lugar en el ámbito de la racionalidad teleológica, a saber, el de los objetivos sociales a conseguir. No acaba de dar la debida relevancia al enfoque pragmático, MAQUEDA ARREU, op. cit., ps. 10-11.

complejidad del fenómeno, centrado en las causas y dispuesto a dar su tiempo a las modificaciones sociales.

Este modelo penal bienestarista ha de marcar, de forma inmediata, sus distancias respecto de dos pautas de intervención politicocriminal que se pueden reclamar igualmente herederas del Estado del bienestar. La primera es, justamente, el modelo resocializador, cuyo derrumbe se debió, en gran medida, a la excesiva atención y expectativas puestas en la actuación sobre el delincuente, descuidando las intervenciones sobre la sociedad; con esa matización, sus aportaciones deben, sin embargo, ser aprovechadas para el futuro. La segunda es el bienestarismo autoritario, que muestra cada día su cortedad de miras y su incapacidad para colocarse en el lugar del otro, por muy deleznables que sean sus razones y motivaciones¹¹⁹.

Pero la efectividad y eficacia del modelo penal bienestarista hay que demostrarlas, o, al menos, hacerlas plausibles, y eso no se logra reclamando adhesiones ideológicas ciegas en una sociedad cada vez más desideologizada. Hay que documentar las consecuencias negativas del modelo de la seguridad ciudadana y su previsible, si no ya presente, fracaso. Para ello es preciso abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios, y descender a discursos en los que las alternativas defendidas estén bien apoyadas en datos

¹¹⁹ Por el contrario, el modelo de la justicia reparadora, con sus propuestas de mediación entre delincuente y víctima, puede constituir una vía prometedora, aunque limitada por sus insuficiencias en relación con la delincuencia menos grave y grave, para lograr una inmediata integración de los intereses públicos y los particulares de las víctimas, además de facilitar la resocialización del delincuente.

empírico-sociales. Sólo así, por otra parte, recuperará la pericia politicocriminal su fuerza de convicción y el lugar del que ha sido desalojada.

Que el debate no pueda eludir, o, incluso, deba centrarse en la racionalidad pragmática, no quiere decir que hayan de arrumbarse imprescindibles referencias valorativas. En este sentido, hay que retomar con decisión los esfuerzos a favor de la "modernización" del derecho penal, esto es, de una ampliación de la intervención penal a ámbitos socioeconómicos y de interés comunitario hasta hace poco considerados ajenos a la política criminal. El carácter esencial de los intereses protegidos y la exigencia constitucional de igualdad de trato de todos los ciudadanos, obliga a incorporar la criminalidad de los poderosos al acervo de conductas objeto de consideración del derecho penal. Ésta es la genuina tarea expansiva de la criminalización que corresponde al modelo penal bienetarista: ha de liberar al derecho penal del estigma de ser el Derecho de los pobres, y ha de asegurar que cumpla realmente su función, la de ser un Derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia. Se impone, por tanto, una contundente reacción ante aquellas propuestas que, con mejor o peor intención, proponen una reducción significativa de la aún incipiente punición de conductas socialmente muy perturbadoras, pero realizadas en nichos sociales acomodados.

En cualquier caso, debe reiterarse que tanto las nuevas decisiones de criminalización como las clásicas, por muy relevantes que sean los intereses que tutelen, deben someterse, en el modelo penal bienetarista, al contraste de su efectividad y eficacia. Ello obliga a un análisis cuidadoso de todos los recursos sociales disponibles, de forma que cualquier intervención penal habrá de acreditar su utilidad o el plus de utilidad que le hace preferible a otro tipo de intervenciones. Se ha de estar, en consecuencia, dispuesto a que un uso consecuente

de esta pauta decisional contradiga asentados lugares comunes en el ámbito del principio de subsidiariedad.

¿Y qué hacemos con el sistema de garantías tan trabajosamente construido? Mantenerlo o, mejor dicho, convencer a la sociedad de que no puede prescindir de él. Para ello hay que procurar, en primer lugar, que el garantismo deje de ser entendido como un modelo global de intervención penal. Esta caracterización, que en buena parte le hemos venido atribuyendo por defecto, condicionados por la ausencia de auténticos proyectos politicocriminales, no responde a su naturaleza¹²⁰. Pues su función no es elaborar programas de actuación politicocriminales, sino constituirse en un baluarte, una trinchera, frente al posible abuso de los poderes públicos al desarrollar tales programas.

Aclarado esto, y en segundo lugar, hay que hacer creíble a la sociedad que estos abusos existen, y que se pueden incrementar. Sólo cuando suficientes sectores sociales comprendan los riesgos que implica el desmantelamiento del sistema de garantías, se estará en condiciones de revertir el fenómeno social antes aludido,

¹²⁰ Es sintomática al respecto la opinión de FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, 1990 (hay traducción española), ps. 347-362, 460-465, 553-556, 591-594, 908-909, 913-914, 947-963, cuya concepción del derecho penal mínimo parte de que las garantías son solamente formulables en sentido negativo, de forma que bajo los postulados de un derecho penal mínimo no se puede, por ejemplo, identificar un sistema de prohibiciones positivo legítimo, y lo mismo podría decirse de las sanciones o el proceso. Ello justamente le diferencia frente a un rechazable derecho penal máximo que, al introducir criterios positivos, introduce la discrecionalidad. Y es que el Estado de Derecho que da cobertura a tal derecho penal mínimo sirve más para deslegitimar que para legitimar decisiones de los poderes públicos.

por el que se está dispuesto a sustituir garantías por efectividad en la persecución del delito. De nuevo vendría que descendieramos de los principios y las abstracciones a casos concretos, a la descripción de abusos efectivos sobre potenciales y reales delincuentes.

Por lo demás, el sistema de responsabilidad penal será tanto más sólido cuanto mejor exprese, de forma depurada pero comprensible, las ideas sociales vigentes sobre cuándo alguien debe responder por sus actos y en qué grado. Allí está su fuerza, y no en refinadas e inaccesibles construcciones conceptuales. Y algo parecido sucede con el sistema de verificación de la responsabilidad, en el que, por ejemplo, la actividad probatoria no debería ver obstaculizada su aproximación empírica a la realidad, ni su uso de reglas lógicas o argumentativas ampliamente compartidas, por frenos garantistas negativos de la evidencia¹²¹.

7. LAS ESTRATEGIAS A SEGUIR

A lo largo de los últimos apartados se han ido plasmando las actuaciones estratégicas que deberían emprenderse por los diferentes agentes sociales contrarios al modelo penal que se está configurando, por lo que no necesito repetirlas ahora. Concluyo, pues, con el esbozo de algunas líneas estratégicas aún no mencionadas:

Toda modificación de un modelo de intervención social, más allá de los intereses generales que persiga y de su eficacia para obtenerlos, favorece los intereses particulares de ciertos grupos sociales y perjudica, o, al menos, no promueve, los intereses de otros. Esta regla es perfec-

¹²¹ Sin perjuicio de las reacciones, enérgicas, que deberían incidir sobre quienes lleven a cabo prácticas de investigación y prueba prohibidas.

tamente válida para las intervenciones politicocriminales, y debería ser tenida muy en cuenta a la hora de buscar los apoyos sociales necesarios para desarrollar estrategias que contrarresten la actual deriva securitaria. Frente a colectivos y agentes sociales que están resultando claramente beneficiados por el modelo que se está asentando —fuerzas policiales, empresas de seguridad, pequeños comerciantes, clases pasivas, sectores con empleo estable, medios de comunicación, políticos populistas, asociaciones feministas...—, existen otros que resultan perjudicados —colectivos preferidos del escrutinio policial, como jóvenes, inmigrantes y minorías sociales, cuerpos expertos de la justicia, de la ejecución penitenciaria o de la asistencia social y psicológica, emprendedores a cuyos negocios perjudica la imagen de inseguridad ciudadana, asociaciones activas en la atención a la marginación social o en campos alejados de la seguridad ciudadana, como medio ambiente, intereses del Tercer Mundo, pacifistas...—¹²².

Otra estrategia prometedor para frenar el modelo securitario, es prevenir una excesiva desvinculación entre las instancias sociales que adoptan las decisiones politicocriminales y las encargadas de ejecutarlas. Parece estar bien demostrado que cuantas menores responsabilidades se tienen en la puesta en práctica de las leyes o reglamentos penales, más fácilmente se establecen regulaciones de carácter simbólico, políticamente ventajosas para quienes las aprueban, y demolidoras de la capacidad de gestión para quienes han de aplicarlas¹²³. Aunque esa separación no se cuestiona entre el Poder Legislativo o Ejecutivo por un lado, y el Judicial

¹²² Véanse los análisis en ese sentido, en relación con EE.UU., en SCHIENGOLD, op. cit., ps. 55-65; ZIMRING, op. cit., ps. 193-202.

¹²³ Véanse referencias estadounidenses a este fenómeno, en SCHIENGOLD, op. cit., ps. 22-25, 27-28, 177-179, 188.

por otro, es especialmente peligrosa dentro de los diferentes niveles del Poder Ejecutivo: la actual tensión en España entre el gobierno central y las comunidades autónomas, en el desarrollo de las últimas reformas procesales y en la dotación de medios a la administración de justicia, es un buen ejemplo de ello.

Finalmente, no puede quedar sin mencionar la necesidad de que los colectivos y agentes sociales contrarios al modelo de la seguridad ciudadana se organicen en grupos de presión. Ellos habrán de ser los encargados de suministrar los datos y argumentos imprescindibles para que las concepciones sociales y las políticas públicas evolucionen hacia un modelo más razonable de intervención penal. Hay que abandonar visiones ingenuas, muy presentes en los grupos expertos jurídicos, según las cuales la racionalidad termina imponiéndose por sí sola. Las asociaciones policiales dicen en España, no hace mucho tiempo, un buen ejemplo de cómo un inteligente y oportuno uso de datos y argumentos puede hacer que fuerzas políticas de muy distinto signo terminen satisfaciendo ciertos intereses corporativos¹²⁴.

¹²⁴ Me refiero al alarmista uso de una transitoria elevación de las tasas de criminalidad para conseguir mejoras de plantilla y salariales, campaña desarrollada entre 2001 y 2003. Véanse DíEZ RIPOLLÉS, "El aumento de la criminalidad y la izquierda", *El País*, 9/5/2002; SAEZ VALCARCEL, op. cit., p. 6.

Sobre una cuarta, y cínica, estrategia desarrollada al parecer con frecuencia por los cuerpos expertos de la administración de justicia en los EE.UU., consistente en ceder a las demandas populistas en los casos judiciales más publicitados, consiguiendo en contrapartida quedar fuera de la atención de los medios en la gran mayoría de los casos, en los que pueden llevar a cabo una aproximación experta a ellos, véase SCHENKOLD, op. cit., ps. 122-123, 139, 151-153, 159, quien también alude a lo que ayuda el ganarse la confianza de los medios.

TERCERA PARTE
LA TEORIZACIÓN DEL MODELO PENAL
DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

CAPÍTULO VI
EL DEBATE SOBRE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

1. INTRODUCCIÓN

En las páginas precedentes, hemos sostenido la opinión de que la actual política criminal española sólo es susceptible de una cabal comprensión si se asume la tesis de que hemos entrado en una dinámica que tiende a superar el, hasta hace poco, indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro, al que he denominado el "modelo penal de la seguridad ciudadana". En ese movimiento, otros modelos penales disponibles, como el resocializador o el de la justicia reparadora, han dejado de ser alternativas dignas de consideración.

Tras mostrar cómo ese cambio de modelo tiene su sustento en las profundas transformaciones esponeas o inducidas de las actitudes sociales hacia la delincuencia, y en su acritica acogida por relevantes agentes sociales con capacidad para transformar la política criminal, planteaba una serie de propuestas estáticas. Con ellas se pretendía contrarrestar una deriva politicocriminal que, más allá de su nada convincente trasfondo ideológico, permite augurar todo tipo de efec-

tos negativos a medio y largo plazo en el abordaje de la prevención de la delincuencia.

Referente central de la estrategia esbozada era el desarrollo de un modelo penal alternativo al de la seguridad ciudadana, que fuera capaz de superar holgadamente, en términos pragmáticos y no sólo eticopolíticos, al emergente modelo de la seguridad ciudadana. El modelo penal bienestarista apuntado debería estar en condiciones de demostrar la mayor eficacia y efectividad de una aproximación a la delincuencia desde sus causas personales y sociales, y no desde sus síntomas o manifestaciones inmediatas, y de insertar, consecuentemente, los mecanismos sociales de prevención de la criminalidad en el marco de las intervenciones propias del Estado social del bienestar. Sobre esa sólida base no debería haber problemas para defender la persistencia de un conjunto de garantías bien asentadas en las creencias sociales, el cual, con independencia en buena medida del modelo de intervención penal escogido, estaría dirigido a preservar a los ciudadanos de los posibles abusos de los poderes públicos.

Pero un avance por esos derroteros exige, simultáneamente, desembarazar al discurso de una serie de frenos que entorpecen su progresión. Así, resulta inaplazable llevar a cabo una cuidadosa caracterización de los agentes sociales que están impulsando la vigente orientación securitaria, y de cuáles son sus intereses y motivaciones determinantes. También conviene ser conscientes de las escasas aportaciones que el pensamiento garantista convencional, atrapado en actitudes principialistas, viene realizando en la acomodación de la intervención penal a los nuevos problemas y necesidades sociales. Finalmente, no pueden ignorarse las crecientes corrientes doctrinales que han optado por una

contemporización con las nuevas propuestas ligadas al modelo de la seguridad ciudadana, a las que están comenzando a dotar de la cobertura ideológica necesaria para su acreditación científicosocial.

Pues bien, en esta Tercera Parte pretendo abordar la última de dichas cuestiones. Más en concreto, quisiera cuestionar los presupuestos analíticos y las estrategias de intervención del discurso doctrinal que está consolidando el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana.

Ahora bien, una correcta exposición y crítica de esas posturas doctrinales exige desarrollar una línea argumental que preste la debida atención a un plus de legitimidad dialéctica del que se han beneficiado, al menos en principio, las propuestas securitarias. Este plus lo han obtenido por el hecho de haber tenido éxito en presentar sus iniciativas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del derecho penal vinculada a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo.

En efecto, el derecho penal de la seguridad ciudadana ha mostrado una especial habilidad para integrar sus análisis y propuestas de intervención en el previamente existente debate politicocriminal sobre la conveniencia de extender las intervenciones penales a ámbitos sociales, hasta entonces fuera de su radio de acción. De este modo, ha logrado encubrir en buena medida que sus contenidos, tanto en lo referente a las áreas de intervención como en lo concerniente a la naturaleza de ésta, inciden sobre la delincuencia clásica y se limitan a exacerbar medidas penales hace tiempo conocidas.

Resulta fácil apreciar la frecuencia con que las posturas doctrinales favorables o contrarias a esa modernización del derecho penal a través de su expansión a fenómenos propios de la llamada "sociedad del riesgo", se reproducen a la hora de afrontar las propuestas se-

curitarias. A mi juicio, por el contrario, estamos ante dos corrientes de signo opuesto, que abordan realidades sociales diferentes desde perspectivas ideológicas también distintas, y que merecen, en consecuencia, un juicio diferenciado.

Confío que las reflexiones que siguen, más allá del acierto que obtengan en su crítica del modelo penal de la seguridad ciudadana, contribuyan a la definitiva clarificación de este extremo.

2. EL DEBATE POLITICOCRIMINAL SOBRE EL DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

No es objeto de este estudio un análisis de la rica polémica que está teniendo lugar sobre la procedencia de extender el derecho penal a nuevos ámbitos generadores de importante lesividad social, y que hasta ahora no habían estado sometidos a la incidencia de la intervención penal. Espero aportar detenidamente mi punto de vista en otra ocasión¹²⁵. Pero resulta ineludible, debido a la opción metodológica que he anunciado en las líneas precedentes, hacer una somera descripción de los términos en los que está teniendo lugar esa discusión, dada la destreza con la que el discurso doctrinal de la seguridad ciudadana se ha engarzado en ella.

El debate original sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo parte de la constatación de un conjunto de *realidades sociales* que se podrían, quizás, sintetizar en tres grandes bloques:

a. Por un lado, la generalización en la sociedad mo-

¹²⁵ Véase, de todos modos, un pronunciamiento inequívoco a favor de la progresión en la llamada "modernización del derecho penal", en Capítulo V.

derna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas, en concreto, serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas.

b. Por el otro, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas: a la ya citada problemática previsión de su aparición, se añade la realidad de actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad.

c. Finalmente, en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva.

En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y

a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal¹²⁶.

A su vez, la *política criminal* que pretendería dar respuesta a esa sociedad del riesgo podría evocarse a partir de cuatro grandes rasgos:

a. En primer lugar, una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas, o sobre realidades sociales preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado; entre los sectores de intervención preferente habría que citar la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético..., el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráfico ilícitos de drogas.

b. En segundo lugar, una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentraría sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos, únicos sectores sociales capaces de desarrollar tales conductas delictivas y que hasta entonces difícilmente entraban en contacto con la justicia

penal; a tales efectos se contaría con el aval derivado de las demandas de intervención penal procedentes de las organizaciones sociales surgidas en los últimos tiempos en defensa de los nuevos intereses sociales -asociaciones de consumidores, ecologistas..., con la decidida inserción, en los programas de la izquierda política, de propuestas de criminalización de esas actividades lesivas de los poderosos y, sobre todo, con el apoyo de las mayorías sociales que se identificaban con las víctimas de los abusos de los socialmente privilegiados.

c. En tercer lugar, la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social: la contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideraran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social, o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el derecho civil o el derecho administrativo; el principio de subsidiariedad penal queda seriamente cuestionado.

d. Por último, la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad: a las nuevas técnicas delictivas, a los obstáculos para determinar los riesgos no permitidos, y a la trabajosa individualización de responsabilidades, se ha de contraponer una actualización de los instrumentos punitivos; ello implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad policrimeal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales¹²⁷.

¹²⁷ Véanse, por todos, HASSEMER, "Viejo y nuevo derecho penal", en Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant, 1999, ps.

¹²⁶ Véanse, por todos, MENDOZA BUERCO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001, ps. 24-34; "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo", en AGRA-DOMÍNGUEZ, y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier 2003, ps. 71-74, 78-79; SILVA SÁNCHEZ, op. cit., ps. 26-30, 32-50; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORT-RÓDILES PLANAS-PASTOR MUÑOZ, "La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura", en AGRA, DOMÍNGUEZ, y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo...*, cit., ps. 67-71; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant, 2003, ps. 62-65.

El *derecho penal resultante* de esa política criminal renovadora podría corresponderse con las siguientes notas esenciales:

a. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; los componentes materiales de esos bienes jurídicos marcarían diferencias respecto de buena parte de los bienes jurídicos tradicionales, producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales.

b. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo; dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador; se abre camino la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento.

c. Anticipación del momento en que procede la intervención penal: se penalizan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles; se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados; se autonomiza la punición de la asociación delictiva.

52-63; MENDOZA BUERGO, (2001), op. cit., ps. 38-61, 92-95; SILVA SANCHEZ, (2001), op. cit., ps. 25-26, 28, 52-69, 74-76, 81-90.

tiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación.

d. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales: se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado... etc.¹²⁸

¹²⁸ Véanse, por todos, HASSEMER, (1999), op. cit., ps. 52-63; CÁNIO MELIA, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Universidad Nacional del Litoral/Rubinzal-Culzoni, 2000, ps. 121-123, 127; MENDOZA BUERGO, (2001), op. cit., ps. 68-85, 95-110; (2003), op. cit., ps. 74-77, 83-85; SILVA SANCHEZ, (2001), op. cit., ps. 20-21, 30, 51, 99-101, 121-141; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídicopenciales (especial referencia al ámbito económico)", en DíEZ RIPOLLÉS-ROMEÓ CASABONA y otros (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, 2002, ps. 396-402; GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., ps. 130-150; TERRADILLOS BASOCO, "Globalización, administrativización y expansión del derecho

Una vez que se comenzaron a producir avances significativos en la política criminal y en las transformaciones del derecho penal descritas, se fueron perfilando cuatro posturas doctrinales ante esa evolución, que se podrían describir del modo siguiente:

a. La primera de ellas tiene su origen en la escuela penalista de Frankfurt, siendo uno de sus principales exponentes Hassemer. Sus postulados han sido ampliamente recogidos en la doctrina española, si bien no han cosechado adhesiones inequívocas, aunque sí han servido para desencadenar alguna otra postura cercana de claro origen doctrinal español¹²⁹. Se puede caracterizar, globalmente, como una estrategia que, sin dejar de reconocer las nuevas necesidades sociales de intervención, se afana por mantener incólume el laboriosamente construido edificio conceptual del derecho penal que se inició en la Ilustración. En ese sentido, expone que resultan inaceptables las transformaciones que el abordaje de la problemática de la sociedad del riesgo parecen exigir al derecho penal clásico, el cual se vería privado de sus señas de identidad. Entre éstas, cabe destacar dos: la concentración de los esfuerzos punitivos en torno a la tutela de un consolidado catálogo de bienes jurídicos de titularidad individual, a los que habría que añadir un reducido número de intereses sociales y estatales sólo amparados frente a riesgos graves y evidentes. Asimismo, la vigencia de un elaborado sistema de imputación de responsabilidad, asentado sobre un rico elenco de garantías individuales a disfrutar por

penal económico", en TERRADILLOS BASOCO-ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de derecho penal económico*, Trotta, 2004, p. 220.

¹²⁹ Véase inmediatamente infra.

el presunto culpable de un delito, y con repercusiones tanto en el plano material como procesal del derecho penal. Para evitar la desnaturalización de ese derecho penal clásico y atender, al mismo tiempo, las demandas de control social ligadas a los problemas sociales originados en la sociedad del riesgo, propone crear un nuevo *derecho de intervención*¹³⁰, que se encontraría a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, entre el derecho civil y el derecho público. Este derecho de intervención sería el encargado de ocuparse de esa nueva criminalidad, la cual sería admisible que abordara con reglas de imputación y garantías penales y procesales menos estrictas, lo cual debería acompañarse con la previsión de sanciones de menor gravedad que las penales¹³¹.

b. La segunda de las estrategias doctrinalmente planteadas constituye, como la precedente, una aceptación resignada de las nuevas demandas sociales que se le plantean a la política criminal, y un intento de reducir su impacto sobre el derecho penal hasta ahora vigente; se distingue de la anterior en que se muestra dispues-

¹³⁰ Una vez que parece considerar una alternativa menos viable o más limitada la inclusión de los nuevos bienes jurídicos colectivos dentro del derecho penal clásico mediante su transformación, de modo que tuvieran en todo momento una directa vinculación a referentes individuales. Esta propuesta ha tenido una limitada acogida en la doctrina jurídicopenal española.

¹³¹ Una clara y breve exposición de la postura de Hassemer se encuentra en HASSEMER (1999), op. cit., ps. 67-72. Véanse otras descripciones de la postura del autor alemán, entre otros, en MARTÍNEZ-BOJAN PÉREZ (2002), op. cit., ps. 396-399; GRACIA MARTÍN, (2003), op. cit., ps. 151-153.

ta a que tales exigencias sociales tengan una directa, aunque limitada, repercusión en la configuración del derecho penal. Formulada por Silva destaca, ante todo, que lo deseable sería reconducir al derecho administrativo sancionador la mayoría de los nuevos objetivos de control social que dimanan de la sociedad del riesgo. Como eso parece, hoy por hoy, una alternativa irrealizable, propone estructurar dos clases de derecho penal. El primero sería el derecho penal clásico, que permanecería anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos tradicionales, y en donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías del presunto delincuente. Junto a él surgiría un nuevo derecho penal, un *derecho penal de segunda ve-locidad* que se ocuparía, específicamente, de esas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad del riesgo. Este nuevo sector del derecho penal abordaría esa criminalidad moderna con especial atención de las condiciones necesarias para su efectiva persecución: se asumiría el carácter colectivo de la mayor parte de los bienes jurídicos tutelados; se adoptarían estructuras típicas suficientemente laxas y, en general, se aligerarían los criterios de imputación, flexibilizándose las garantías individuales; la contrapartida a todas esas cesiones sería, sin embargo, la renuncia a la previsión de la pena de prisión para estos comportamientos, que deberían ser castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos¹³².

¹³² Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 149-162. Una asunción limitada de la tesis de Silva realiza MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), op. cit., ps. 407-409, 429-430, quien, sin embargo, se sustrae a la dinámica argumental que contrapone criminalidad

c. La tercera postura doctrinal es producto de la reacción de un amplio sector de la doctrina, enfrascada, hasta ese momento, en la construcción e interpretación de los nuevos conceptos jurídicos y figuras delictivas del moderno derecho penal, ante el cuestionamiento de su labor. Su línea argumental pretende justificar la orientación seguida y, muy sumariamente, puede sintetizarse en los siguientes términos:

La *modernización del derecho penal* que está teniendo lugar es consecuencia de la acomodación de las nuevas sociedades postindustriales al modelo del Estado social de Derecho, frente al periclitado Estado de Derecho liberal; todos los esfuerzos en esa dirección, también la reforzada tutela penal de intereses colectivos, van, en último término, encaminados a crear las condiciones que posibiliten el libre desarrollo personal de los ciudadanos.

Los incrementos de la intervención penal derivan del surgimiento de nuevas realidades y conflictos sociales que ponen de manifiesto la existencia de relevantes in-

clásica y criminalidad moderna, y acepta la segunda velocidad para infracciones, de procedencia clásica o moderna, singularmente económicas, que sean de menor gravedad, mientras que la delincuencia grave, cualquiera sea su origen, debe permanecer en la primera velocidad. A su vez, TAMARIT SUMALLA, "Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista", *Revista de derecho y proceso penal*, 2001, ps. 50-52, es sensible a la idea de las dos velocidades desde su percepción de que se precisa actualmente un derecho penal más extenso pero más suave; de todos modos su distinción entre un derecho penal con pena de prisión o sin ella no se construye en torno a la dicotomía entre criminalidad clásica y criminalidad moderna, sino en función del rango constitucional del bien tutelado en comparación con el que posee la libertad personal afectada por la pena de prisión -véase una crítica a estas posturas constitucionalistas en Díez Ripollés (2003), op. cit., ps. 177-183-

tereses colectivos cuya protección penal resulta plenamente justificada; no estamos, pues, ante meros sentimientos de inseguridad socialmente difundidos, sino ante un conocimiento cada vez más preciso de los riesgos existentes y de las técnicas para controlarlos, lo que explica la aparición de potentes movimientos sociales que demandan actuaciones enérgicas para prevenirlos, que cuentan con un sólido apoyo de la ciudadanía a sus demandas; esos intereses colectivos resultan especialmente afectados por determinadas actividades socioeconómicas y empresariales, así como por estructuras organizadas ligadas, casi siempre, a la obtención de altos beneficios económicos al margen de la ley.

Ciertamente, las nuevas medidas de intervención penal inciden sobre ámbitos sociales donde operan de forma predominante los sectores sociales privilegiados de la sociedad, pero tal hecho, que viene marcado por quienes son los causantes de los nuevos y graves daños sociales que se quieren prevenir, supone un saludable avance en el empleo no sesgado de los instrumentos de control social y, desgraciadamente, es una realidad que está claramente sobreestimada; en efecto, es fácil apreciar la rareza con que se dan efectivas intervenciones penales en el sector de los llamados "nuevos riesgos", lo que nos reconduce, con excesiva frecuencia, al mundo del derecho penal simbólico.

Finalmente, el pretendido abandono por el moderno derecho penal de los principios básicos del derecho penal garantista, no corresponde con la realidad.

Un detenido repaso de los diferentes contenidos introducidos, permite confirmar que el garantismo posee los instrumentos necesarios para integrarlos en su seno; todo lo más, son necesarias acomodaciones de algunos conceptos a las nuevas realidades delincuenciales, lo

que ha de verse como profundizaciones o avances en la determinación del sistema de imputación; en realidad, las críticas en este campo no suponen más que un estímulo para la mejora de las técnicas legislativas empleadas, pero no conllevan una descalificación global de la propuesta modernizadora.

Los principios limitadores del *ius puniendi* son debidamente respetados: por lo que se refiere al principio de subsidiariedad, el derecho penal ha mostrado sobradamente ser más eficaz que el derecho administrativo sancionador en la prevención de conductas especialmente peligrosas, y en los ámbitos en los que esa mayor eficacia se discute se adolece, con frecuencia, de medios para la implementación penal o del tiempo necesario para que la magistratura se familiarice con las nuevas posibilidades de persecución; sin perjuicio de ulteriores profundizaciones conceptuales, los bienes jurídicos colectivos han acreditado su autonomía conceptual, sin que ello haya supuesto una desmaterialización del objeto de tutela con pérdida de la referencia a intereses sociales tangibles; por último, las estructuras de peligro resultan imprescindibles para la protección de ciertos bienes jurídicos colectivos cuando no se puede o no conviene esperar a su efectiva lesión, sin que sean procedentes objeciones garantistas en la medida en que se pone especial cuidado en la prueba del peligro concurrente, sin olvidar lo inadecuado que es caracterizar al derecho penal moderno como uno trufado de estructuras de peligro, algo que no se corresponde con las numerosas figuras de lesión y resultado material introducidas¹³³.

¹³³ Una muy significativa parte de la doctrina se encuentra, en

d. La cuarta postura doctrinal puede calificarse como una actitud de *resistencia garantista* ante las modificaciones que propone la política criminal modernizadora.

mayor o menor medida, detrás de las precedentes afirmaciones. Véanse, por todos, PAREDES CASTAÑÓN, "Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente", *Actualidad Penal*, 1997, ps. 217 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, "¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2002, ps. 52 y ss., 71; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), op. cit., ps. 403-405, 409-431; GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., ps. 33-39, 57-125, 155-168, 171-212, 217-218; POZUELO PÉREZ, "De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos", en *El funcionalismo en derecho penal*, 2003, ps. 109, 111, 115-133; LAURENCO COPELLO, "Recensión a Silva Sánchez. La expansión del derecho penal. 2ª edición", *RDP y C*, 2003, ps. 446-450, 452-454; Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003, ps. 74-78; PRIETO DEL PINO, *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Thomson/Aranzadi, 2004, ps. 215-217; TERRADILLOS BASOCO, (2004), op. cit., ps. 222-240; GÓRRIZ NÚÑEZ, "Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades", en TERRADILLOS BASOCO-ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de derecho penal económico*, (2004), op. cit., ps. 340, 343-346; CORCOY BIDASOLO, "Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos", en MIR PUIG-CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La política criminal en Europa*, 2004, ps. 27-32, 36, 38-40; GÓMEZ MARTÍN, "Libertad, seguridad y sociedad del riesgo", en MIR PUIG-CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La política criminal...*, cit., ps. 60-62, 70-71, 77-80, 87-90; GARCÍA-PABLOS MOLINA, "Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana postwetzliana", en OCTAVIO DE TOLEDO-GURDIEL-CORTÉS, *Estudios penales...*, cit., ps. 406-408. Una descripción más amplia de esta postura en MENDOZA BUERGO (2001), op. cit., ps. 118-120, 122-153, 176-179.

Se diferencia de las dos primeras posturas en que no ve la necesidad de realizar cesiones aceptando niveles intermedios de intervención penales o parapenales. Considera, por otro lado, que las propuestas llamadas "modernizadoras" están determinadas por un ilusorio afán de intercambiar garantías por eficacia: los modernizadores sostienen tenazmente la mayor eficacia del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador u otro tipo de intervenciones jurídicas o no, pese a que un adecuado manejo del principio de subsidiariedad permite fácilmente llegar a conclusiones contrarias; en la práctica, las intervenciones penales en los ámbitos sociales modernos se concentran en casos de bagatela, con lo que finalmente resultan también lesionados los principios de fragmentariedad y proporcionalidad. Esta escasa idoneidad del derecho penal para afrontar las nuevas necesidades de la sociedad del riesgo priva de justificación al socavamiento o, en el mejor de los casos, a la acomodación que la política criminal modernizadora hace del derecho penal garantista, y que pueden llevar a su desnaturalización. En último término, la política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente los comportamientos que le preocupan, termina asignando al derecho penal una función meramente educadora, que le hace caer en las redes del derecho penal simbólico¹³⁴.

¹³⁴ Véanse en esa línea, entre otros, MENDOZA BUERGO (2001), op. cit., ps. 118-159, 163-179, 181-192; (2002), 288-292, 304, 310-320; MUÑOZ LORENTE, "Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2001, cit., ps. 124-131; probablemente, CEREZO MIR, "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo", *RDP y C*, 2002, op. cit., ps. 54 y ss.; BUENO ARÚS, *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Universidad

CAPÍTULO VII
LA VAMPIRIZACIÓN DEL DEBATE
DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO POR EL
MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Ésas eran las coordenadas del debate politicocriminal del último lustro y medio cuando, a su término y de forma bastante rápida, se aportan a la polémica nuevas preocupaciones y nuevos argumentos que van a modificar sustancialmente su naturaleza.

Insinuaciones de lo que podía suceder ya se habían podido apreciar en plena discusión sobre las demandas de la sociedad del riesgo. Así, no faltaron autores que incluyeran o advirtieran de la inclusión, entre los ámbitos sometidos a debate, de algunos que poco tenían que ver con riesgos tecnológicos, como es el caso de la violencia doméstica, el acoso sexual y los delitos contra la libertad sexual en general, y la delincuencia patrimonial convencional, o de otros sectores delincuenciales ya tradicionales para los que las facilidades organizativas que les suministraba la sociedad tecnológica no era, desde luego, el aspecto más relevante, como son los casos del narcotráfico o el terrorismo¹³⁵. Más ilustrati-

¹³⁵ Pontificia de Comillas, 2003, ps. 19-21, 107-109; VELASQUEZ VELASQUEZ, "Globalización y derecho penal", en LOSANO-MUÑOZ CONDE (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*; v. HUMBOLDT STIFTUNG/TIRANT, 2004, ps. 200-205. Confróntese también HASSEMER (1999), op. cit., ps. 42-51, 57-65, 70.

¹³⁵ Véanse, por ejemplo, las enumeraciones de SILVA SANCHEZ,

vas aún resultaban ciertas afirmaciones que pretendían cobijar bajo el concepto de moda al "riesgo" que creaban con su misma existencia los "otros", las personas excluidas del modelo de bienestar, como desempleados, inmigrantes...¹³⁶, que reconocían que el debate sobre la criminalidad de los poderosos no podía ocultar que la intervención penal sigue y, presumiblemente, seguirá centrada en los marginados, quienes corren el serio peligro de ser, finalmente, los destinatarios de las propugnadas mayores facilidades de persecución de delitos¹³⁷; o que comenzaban a percibir que la sociedad, los medios y las instituciones se estaban orientando cada vez más, quizás de un modo pasajero, hacia el incremento de las sanciones y el rigor en su ejecución¹³⁸.

Poco a poco comienzan a menudear afirmaciones doctrinales en las que se reconoce que se está produciendo un cambio de modelo de intervención penal, si bien todavía los autores no se acaban de desprestigiar del discurso precedente o, cuando lo hacen, sólo formulan líneas muy generales de esos nuevos desarrollos¹³⁹.

¹³⁶ *La expansión...*, cit., 1ª ed., (1999), ps. 30, 40, 85-86, 113, y TAMARIT SUMALLA (2001), op. cit., ps. 50-51, o las advertencias de MENDOZA BUERGO (2001), op. cit., ps. 113, 159-161, 179.

¹³⁷ Véase Silva Sánchez (1999), op. cit., ps. 23-24.

¹³⁸ Ídem, ps. 41-43.

¹³⁹ Ídem, p. 97, nota 172.

¹⁴⁰ Véanse CÁNICO MELIÁ (2000), op. cit., ps. 121-138; (2003), op. cit., ps. 59-78; MENDOZA BUERGO, "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2002, ps. 307-308, 310-311, 314; MAQUEDA ABREU (2003), op. cit., ps. 6-11; GONZÁLEZ CUSSAC (2003), op. cit., p. 24; ZUGALDÍA ESFINAR (2004), op. cit., ps. 1132-1133.

A mi juicio, sin embargo, hemos llegado ya a una situación de cristalización de un nuevo modelo penal, que se ha servido para su consolidación de una serie de transformaciones decisivas del análisis politocriminal, de las que paso a exponer las más significativas.

1. INTEGRACIÓN DEL FENÓMENO DE LA INSEGURIDAD CIUDADANA EN EL FENÓMENO PRETENDIDAMENTE MÁS AMPLIO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana al discurso de la sociedad del riesgo están consuetudinas, en su mayor parte, por una serie de equiparaciones conceptuales que, basándose en la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e, incluso, contrapuestos. En resumidas cuentas, se da lugar a que el discurso de ley y orden parasite conceptos elaborados en otro contexto.

Así, se afirma que la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la *dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo*, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad, como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originan los marginados sociales. En esa misma línea, no hay obstáculo en interpretar la concentración de esfuerzos en la persecución de la criminalidad de los inmigrantes como un exponente más de la expansión penal que exige la nueva sociedad del riesgo¹⁴⁰. Asimismo, se establece una ecuación de

¹⁴⁰ Véase, al respecto, SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 28-31, 104-109.

igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el *sentimiento de inseguridad callejera* ligado al miedo a sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas¹⁴¹. El auge de los mecanismos de inocularización selectiva, directamente encaminados a sacar de la vida social y recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la *gestión administrativa de riesgos*, inevitable en la complejas sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo, y que se sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes¹⁴².

De forma semejante, el protagonismo adquirido por los intereses y demandas de las víctimas en el diseño de la reciente política criminal intervencionista, se presenta como una *reacción emancipadora* de las clases sociales más desfavorecidas frente a la criminalidad de los poderosos, sujetos que se encontrarían detrás del conjunto de comportamientos que trata de atajar la actual política criminal expansiva. Una interpretación semejante se hace del papel impulsor de la criminalización que desempeñan muy diferentes movimientos sociales, todos ellos afanados en incidir sobre esa rampante criminalidad de los poderosos. También habría que ver en clave de protección de las clases económicamente débiles de la sociedad la conversión de la izquierda al credo de la seguridad ciudadana, conversión que estaría inspirada en una

¹⁴¹ Ídem, ps. 32-42.

¹⁴² Ídem, ps. 141-147.

mejor protección de los sectores sociales desfavorecidos a costa de incidir primordialmente sobre la delincuencia de los socialmente privilegiados. Finalmente, las decisiones internacionales y comunitarias dirigidas a combatir la criminalidad se insertarían en el marco de la delincuencia de la globalización y, por consiguiente, de nuevo de la criminalidad de los poderosos¹⁴³.

Interpretaciones como las que se acaban de recoger, inspiradas, sin duda, en el loable deseo de dar la mayor coherencia posible al análisis de los acontecimientos sociales que están detrás de las últimas decisiones políticas criminales, pecan de un voluntarismo que conduce a tratar dos fenómenos reales, que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a las mismas causas y a las mismas exigencias ideológicas. Lo malo del asunto es que ese afán por la coherencia termina dando al modelo penal de la seguridad ciudadana una cobertura fáctica que no se merece, por no corresponder con la realidad.

Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social, supone añadir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas,

¹⁴³ Ídem, ps. 52-58, 66-69, 69-73, 81-87. En términos más generales, inserta el fenómeno de la inseguridad ciudadana en el contexto de la sociedad del riesgo, MENDOZA BUERGO (2003), op. cit., ps. 80-82, 85.

se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos.¹⁴⁴ Los peligros que conlleva esa disposición a trasladar conceptos de un contexto a otro explica, igualmente, la ausencia de declinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros, y la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad social y económica.¹⁴⁵

Tampoco parece algo analíticamente fructífero identificar la inquietud que se suscita en el ciudadano sobre las reales capacidades de las instancias sociales para controlar una serie de actividades, en principio, beneficiosas, pero que pueden desencadenar graves y generalizados riesgos, con la percepción atemorizada de que se han incrementado significativamente las posibilidades de ser directo destinatario de una conducta delictiva durante el desempeño de sus actividades habituales. Ni parece razonable encuadrar el poderoso movimiento hacia la potenciación de los fines inocuidadores de la

¹⁴⁴ Destaca, igualmente, la diferencia entre los conceptos de "seguridad técnica", ligada a los riesgos tecnológicos, y la "seguridad pública" o, en terminología alemana, "seguridad interior", MENDOZA BUERGO. (2003), op. cit., ps. 72. Por su parte, PAREDES CASTAÑÓN, "Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídicopenalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico", en AGRA-DOMÍNGUEZ, y otros (eds.), *La seguridad...*, cit., ps. 91-94, 111, ha recordado la diferencia entre el concepto de riesgo tecnológico y no tecnológico, previamente a formular su propuesta de utilización de un "concepto generalizado de riesgo" a efectos de determinar la relevancia social de los comportamientos afectantes a los bienes jurídicopenales.

¹⁴⁵ Véase también LAURENZO COPELLO (2003), op. cit., ps. 444-445.

pena, en detrimento de los resocializadores, dentro de puras consideraciones eficientistas de espectro más amplio. Como tendremos ocasión de ver más adelante¹⁴⁶, el auge de la inocuidación tiene un trasfondo ideológico que deja en un segundo plano las reflexiones sobre coste y beneficio a la hora de abordar ciertos riesgos, a diferencia de lo que podría decirse de ciertos desarrollos del derecho penal del riesgo.

Las pretensiones de interpretar el conjunto de la nueva política criminal expansiva como una corriente emancipadora, que aspiraría a controlar de una vez por todas la criminalidad de los poderosos, son especialmente desafortunadas. Sin perjuicio de reconocer que la modernización del derecho penal tiene un marcado componente de esa naturaleza, el cual se ha de mantener, lo que está sucediendo con el incremento actual de la intervención penal tiene, en la gran mayoría de las ocasiones, poco que ver con eso: lo que la población demanda son actuaciones enérgicas contra la delincuencia clásica, la que nace en los alrededores de la lincuencia clásica, la que nace en los alrededores de la desocialización y la marginación, sectores sociales respecto de los que, además, se ha producido un notable desapego y desinterés por parte de las clases sociales medias mayoritarias; las exigencias de actuación sobre la delincuencia de los poderosos, sin desaparecer, ocupan un lugar secundario y, desde luego, entre esas clases medias no se percibe una pérdida del encanto que le producen los sectores sociales privilegiados y su pautas de comportamiento. En esas circunstancias, las identificaciones sociales de las mayorías ciudadanas con las

¹⁴⁶ Véase *infra* apartado 3.

víctimas de la delincuencia no parecen conducir a una reacción frente a los poderosos y su criminalidad¹⁴⁷.

En cuanto a los movimientos sociales que impulsarían estas nuevas políticas expansivas, no todos persiguen lo mismo y resulta imprescindible diferenciar entre aquellos que se afanan realmente por promover actuaciones frente a las modernas formas de criminalidad - asociaciones ecologistas, de consumidores...- y aquellas que luchan meramente por el mantenimiento de la ley y el orden -asociaciones vecinales, de comerciantes...-¹⁴⁸. Que la actual política criminal de la izquierda europea vaya encaminada a menoscar la criminalidad de los poderosos, es un aserto de difícil justificación; como ha señalado algún autor¹⁴⁹, más bien nos encontramos ante la generalización de un desarme ideológico en su curso politicocriminal, que se deja guiar por demandas coyunturales mediáticas y populistas, demandas que no suelen fijar predominantemente su atención en la criminalidad derivada de los nuevos riesgos¹⁵⁰. Por último, convendría no engañarnos respecto de los objetivos de

¹⁴⁷ Véanse valoraciones similares en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), op. cit., ps. 410; TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., ps. 226, 227.

¹⁴⁸ Véase también TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., ps. 227.

¹⁴⁹ Ídem, ps. 228.

¹⁵⁰ Un análisis detenido sobre la reacción de las fuerzas políticas a la reciente evolución de las demandas sociales sobre el control de la delincuencia, lo hemos visto ya en el Capítulo IV. Véanse también, entre otros, CANGIO MELA (2000), op. cit., ps. 135-136; (2003), op. cit., ps. 71-73; LANDROVE, DÍAZ, *El derecho penal de la seguridad*, La Ley, 2003, p. 1925; MAQUEDA ABREU (2003), op. cit., p. 8; GONZÁLEZ CUSSAC (2003), op. cit., ps. 22, 24; NIETO MARTÍN, "España. Sistemas penales comparados", *Revista penal*, 2004, p. 220.

una buena parte de los acuerdos internacionales y decisiones comunitarias penales; sin desconocer la importante presencia de regulaciones afectantes a comportamientos delictivos "modernos", no pueden pasarse por alto los numerosos instrumentos legales, quizás los de mayor trascendencia práctica, que se refieren a aspectos de la delincuencia clásica y de aquella en que la tecnología tiene un papel secundario, desde los tráficó ilícitos a la delincuencia sexual, pasando por el terrorismo o la violencia doméstica; por lo demás, algún documento europeo reciente apunta hacia una intensificación de las actuaciones comunitarias sobre la que denomina "delincuencia común", frente al énfasis precedente en la delincuencia organizada¹⁵¹.

2. TRANSFORMACIÓN DE LA EXPANSIÓN MODERNIZADORA DEL DERECHO PENAL EN UNA EXPANSIÓN SECURITARIA

Junto al concepto de "riesgo", el concepto de "expansión" ha venido siendo otra de las ideas motrices del debate sobre la modernización del derecho penal: con ella se quería expresar que la atención a las nuevas realidades delictivas aconsejaba proceder a una ampliación de los contenidos del derecho penal. Pues bien, análisis como los criticados en el apartado precedente¹⁵² han

¹⁵¹ Véase *Comisión de las Comunidades Europeas*, "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prevención de la delincuencia en la Unión Europea", COM. 2004, ps. 3-5. Cuestiona, con acierto, la asunción acrítica de las propuestas punitivas internacionales, NIETO MARTÍN (2004), op. cit., p. 220.

¹⁵² Véase una síntesis de buena parte de esas críticas en nota 3 de Capítulo IV.

sentado las bases para un nuevo progreso en la conformación del marco analítico en el que podrá arraigar el modelo penal de la seguridad ciudadana. En efecto, el concepto de "expansión" deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales a pasan ocupar, dentro del *nuevo concepto de expansión*, un lugar marginal, tanto cuantitativa como cualitativamente¹⁵³.

Para dar este paso, sin embargo, es necesario además que se den por buenos, o, al menos, no se cuestionen a fondo, una serie de mediadores conceptuales, a veces meros lugares comunes incrustados en el debate policriminal, que van a coadyuvar en el logro de este cambio de perspectiva.

El primero de ellos garantiza el tránsito de una a otra forma de expansión, y viene expresado en la idea de que la *expansión* del derecho penal ha dejado de ser extensiva para ser *intensiva*: con ello se abre el camino a la justificación "moderna" de las, cada vez más frecuentes, decisiones policriminales que concentran sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, delincuencia hace ya mucho tiempo incorporada a los códigos penales¹⁵⁴.

¹⁵³ Véase también NIETO MARTÍN, (2004), op. cit., p. 220. TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., ps. 224-225, recuerda asimismo que la globalización económica sólo exige expansión punitiva contra las personas socialmente disfuncionales e estar situadas en la marginación, a saber, desempleados e inmigrantes.

¹⁵⁴ Véanse SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 114.

¹⁵⁵ Entre abril y julio de 2004, fechas inmediatamente posteriores a las elecciones generales de marzo de 2004, la

El segundo de ellos consiste en aceptar, como punto de partida de las nuevas medidas de intervención, una serie de presupuestos que, aunque no se comparten plenamente, se encuentran en alguna medida fundados o, cuando menos, dignos de comprensión. Es el caso de considerar un hecho indiscutible la estabilidad en nuestra sociedad de altas tasas de miedo al delito, sin reflexionar sobre los numerosos indicios que apuntan a que la evolución reciente ha podido ser un fenómeno inducido mediáticamente a partir de ciertos intereses políticos¹⁵⁵. O la asunción de que la opinión pública es inaccesible a esfuerzos de sensibilización sobre aproximaciones racionales a la delincuencia, de modo que hay que aceptar que lo que procede es la adopción de medidas sustancialmente dirigidas a calmar sus temores, apaciguar su agresividad o satisfacer, en general, sus pulsiones psicosociales¹⁵⁶. También pertenecen a ese mismo orden de presupuestos justificadores, apresuradas afirmaciones sobre la incapacidad de las estructuras convencionales del derecho penal para abarcar la

inseguridad ciudadana ha dejado de ser -con la excepción, por estrecho margen, de julio- uno de los tres problemas principales de España, manteniéndose en cuarto lugar, con porcentajes inferiores al 20% de españoles que la incluyen entre los tres primeros problemas. En cuanto al miedo a sufrir un delito, ha dejado de ser uno de los tres problemas personales más importantes, pasando al cuarto o quinto lugar, al ser citado entre los tres problemas que más les afectan sólo por el 14 o 15% de los españoles. Véase CIS, "Barómetros de opinión", 2004, www.cis.es. Sobre la diversa situación a fines de 2003, véase lo indicado en nota 6 de Capítulo IV.

¹⁵⁶ Véanse SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 114, 115, 121-123, 127; *Comisión de las Comunidades europeas*. (2004), op. cit., p. 6.

delincuencia patrimonial reiterada de los marginados, con la consiguiente insinuación, tras las consabidas referencias genéricas a que hay que trabajar sobre las causas, de que es imprescindible abrir nuevas vías punitivas; no es extraño que, a continuación, se den por buenas valoraciones superficiales sobre el excesivo coste de ciertas medidas de intervención preventivo-policiales o resocializadoras. Del mismo modo, se da como conclusión bien asentada la de que para la delincuencia grave violenta los efectos intimidatorios son ineficaces y los resocializadores vanos, de forma que sólo la inocuización ofrece garantías de éxito¹⁵⁷.

También son fáciles de apreciar actitudes resignadas ante la transformación que está experimentando la concepción y la práctica persecutoria de la delincuencia organizada, arquetipo de la cual han dejado de ser las grandes y complejas organizaciones criminales, con capacidad para afectar el entramado socioeconómico e institucional de nuestras sociedades, para pasar a ser objeto de atención preferente las manifestaciones asociativas ligadas a la delincuencia tradicional, como bandas de atracadores o secuestradores, estructuras de tráfico ilícito de mediano nivel, redes de pornografía infantil, grupúsculos ideológicos o pandilleros violentos, a todo lo cual se añade la persecución de las bandas terroristas¹⁵⁸. En la misma línea va la cada vez

¹⁵⁷ Véanse SILVA SANCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 114-115, 121-124.

Véase, por el contrario, sobre los resultados positivos obtenidos por los tratamientos resocializadores, REDONDO LLESCAS, "Criminología aplicada: intervención en delinquentes, reinscripción y reincidencia", *RDP y C*, 1998 ps. 197-204.

¹⁵⁸ Véanse SILVA SANCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 128, 130-131.

más generalizada aceptación de que las conductas sociales no delictivas, que se desenvuelven en el campo de la marginación, son ineluctablemente la antesala de la delincuencia, por lo que hay que hacer al menos la vista gorda frente a políticas de intervención penal o parape-nal sobre ellas, políticas que se consideraran condición para el abordaje exitoso de la delincuencia común¹⁵⁹.

Pues bien, en el contexto precedente, ¿en qué se materializa hoy en día esa expansión del derecho penal que iba a permitir en sus orígenes acomodar el instrumento penal a las nuevas realidades de las modernas sociedades del riesgo?¹⁶⁰

Se identifica, en primer lugar, un bloque de comportamientos que podrían agruparse bajo el concepto de *delincuencia organizada*. Este concepto, de naturaleza criminológica, dice, sin embargo, poco sobre cuáles serían los ámbitos sociales en los que realmente incide¹⁶¹. Un

¹⁵⁹ Véase *Comisión de las Comunidades Europeas* (2004), op. cit., ps. 5-6. Referencias más amplias y críticas sobre esta tendencia en WACQUANT (2001) op. cit., ps. 20-23.

¹⁶⁰ Es mérito de SILVA SANCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 113 y ss. el haber establecido con nitidez los tres grandes grupos de criminalidad que se han unido a los originales contenidos de la expansión del derecho penal. Me he servido de su tricotomía, por más que, como es fácil apreciar, no comparto muchas de sus valoraciones.

¹⁶¹ Baste señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, tampoco los alude, y se limita a precisar qué ha de entenderse por "grupo delictivo organizado" o por "grupo estructurado", entre otros conceptos. Véase art. 2º de la Convención acabada de citar, en *Naciones Unidas. Asamblea General, A/RES/55/25*. Ponemos de relieve este hecho en DíEZ RIPOLLÉS-GÓMEZ COSPEDES-PIETO DEL PINO-STANGELAND-VEIGA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant, 2004, ps. 30-32.

en día, la delincuencia organizada, se completa con la obligada referencia a la devaluación que el concepto está sufriendo y que puede conducir, como ya hemos señalado¹⁶⁴, a que pase a ser una categoría delictiva cada vez más enfocada y aplicada sobre asociaciones delictivas propias de la delincuencia común¹⁶⁵.

Un segundo bloque de conductas está constituido por *delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual*. Aquí nos movemos en el campo de la delincuencia más tradicional, la que afecta a bienes jurídicos individuales

de la Convención de 1988-; véase Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en *Legislación sobre drogas*, 2ª ed. Tecnos, 1990. Ello no ha impedido, por lo demás, que la eficacia de las intervenciones penales siga limitada a los niveles bajo y medio del tráfico. Sobre la impropiedad de incluir los delitos relacionados con drogas entre la delincuencia de los poderosos, véase lo ya señalado en nota 2 de Capítulo IV.

¹⁶⁴ Véase lo dicho un poco más arriba.

¹⁶⁵ El art. III-172 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa enumera, entre los ámbitos delictivos que podrán ser objeto de leyes marco europeas que fijen normas mínimas, a la delincuencia organizada, ámbito que, sin embargo, diferencia del terrorismo, tráficos ilícitos de personas, drogas o armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago y delincuencia informática. *La Constitución europea. Texto integral de la Convención europea*, Tirant, 2004. Véase, asimismo, el amplio elenco de delitos que el art. 282 bis de la LECrim. incluye entre los que pueden dar lugar a delincuencia organizada a efectos de autorizar agentes encubiertos.

Aluden, en contextos cercanos, a la inactividad o inoperancia legislativa y judicial en el ámbito de la delincuencia de cuello blanco, especialmente la socioeconómica, que se aprecia en los últimos tiempos, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC (2003), op. cit., ps. 17-18; TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., ps. 234-236.

somero análisis de la práctica de la persecución penal en este sector muestra actuaciones que, sin duda, abordan conductas que se aprovechan de las ventajas que la actual sociedad tecnológica ofrece a los delincuentes, que tienen una indudable repercusión socioeconómica y en los que se implican sectores poderosos de la sociedad, como es el caso del blanqueo de capitales, los fraudes financieros o los atentados contra la propiedad intelectual e industrial..., entre otros casos¹⁶². Sin embargo, cabe ponerse fácilmente de acuerdo en que el núcleo de las intervenciones policiales se concentra en dos fenómenos delictivos ya tradicionales, el terrorismo y el narcotráfico, al que se han unido recientemente otros tráficos ilícitos, entre los que merece especial mención el tráfico de seres humanos en sus diferentes variantes. Pues bien, ninguno de ellos parece que sean directa consecuencia de las oportunidades y los beneficios que puede suministrar la nueva sociedad tecnológica, ni que sean llevados a cabo de forma mayoritaria por los sectores sociales privilegiados de la sociedad¹⁶³. El cuadro de lo que significa, hoy

¹⁶² Las conductas de corrupción administrativa o empresarial pueden también responder a esas características, aunque sus posibilidades de comisión son muy variadas y no siempre precisan de una seria estructura organizativa detrás. Los comportamientos de producción y difusión de pornografía infantil muestran una limitada estructura organizativa, pero no parece que tengan una relevante repercusión socioeconómica ni que, precisamente por ello, hayan atraído en la mayor parte de los casos la atención de sectores sociales poderosos.

¹⁶³ En cuanto al narcotráfico, conviene recordar que su actual capacidad organizativa y trascendencia socioeconómica derivan, en buena medida, de los efectos de la prohibición —algo reconocido por las propias Naciones Unidas en el Preámbulo

básicos, como la vida e integridad personal, la libertad o la libertad sexual, incluso los apoderamientos violentos de patrimonio. Parece claro que en este grupo de conductas ya se han perdido con nitidez las referencias al original concepto de expansión, a aquel que pretendía atender a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad tecnológica y mundializada. Se trata, ni más ni menos, que de intensificar intervenciones penales en el núcleo de la delincuencia clásica. Y hacerlo en el sector de la criminalidad en el que, con toda probabilidad, más se ha producido el extrañamiento entre víctima y delincuente, en el que a éste se le atribuyen más connotaciones de ajenidad, de alineación, frente al resto de los ciudadanos que no lo reconocen como uno de los suyos. Y eso ha arrumbado buena parte de las certezas precedentes: las reacciones penales ya no le intimidan suficientemente, la ресoсIALIZACIÓN no funciona con tales individuos, sólo la inocuización, el aislamiento, de tales personas ofrece perspectivas de éxito¹⁶⁶.

El tercer bloque de comportamientos contenido en la nueva expansión securitaria supone ya el descenso a la *criminalidad de la marginación y la exclusión social*. Se trata de la delincuencia habitual de poca monta, que centra sus afanes en los delitos y faltas patrimoniales, con cuyos beneficios esperan obtener las oportunidades vitales que, en general, la sociedad no les ofrece o que, en el mejor de los casos, han desaprovechado. La ampliación punitiva en este ámbito vuelve a estar muy alejada del original concepto de expansión, a pesar de

¹⁶⁶ Véanse SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 121-24.

que, en este caso, no se trata simplemente de intensificar reacciones penales ya existentes sobre conductas delictivas bien conocidas, sino que adicionalmente se aprecian fuertes tendencias a extender las actuaciones policiales y judiciales, en especial a través de la idea de peligrosidad, a nuevos comportamientos hasta ahora no penados, a conductas asociadas que se estiman el caldo de cultivo de la delincuencia. Este bloque de la nueva expansión ejemplifica, como ningún otro, la derivada autoritaria de la política criminal: la sociedad no está dispuesta a asumir cualesquiera responsabilidades por el surgimiento de este tipo de delincuencia, el énfasis, como veremos enseguida, se coloca en los síntomas, y no en las causas de la criminalidad, y el control penal adquiere primacía sobre cualquier otro tipo de política social o jurídica. No queda ahí la cosa, pues en el marco de la intervención penal es la policía, no la jurisdicción, y dentro de esta última los fiscales, y no los jueces, los que han de llevar la iniciativa: es el momento de los juicios rápidos y de las conformidades¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Véanse SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 114-115, 118-120; *Comisión de las Comunidades Europeas* (2004), op. cit., ps. 4-6. También, con actitud claramente crítica, NIETO MARTÍN (2004), op. cit., ps. 220, 222; Sáez Valcarcel (2004), op. cit., ps. 3-4; MUÑOZ CONDE, "El nuevo derecho penal autoritario", en LOSANO-MUÑOZ CONDE, *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, op. cit., ps. 177-180.

Especialmente convincente, y crítico, sobre la sustitución de la agenda judicial por la policial y sobre la desjudicialización a favor de policías y fiscales, añadiendo al listado de fenómenos en esa línea a las órdenes de protección, SÁEZ VALCARCEL (2004), op. cit., ps. 3-4, 6, 7-8.

3. LA RELACIÓN ENTRE INDIVIDUO Y SOCIEDAD EN LA GÉNESIS Y ABORDAJE DE LA DELINCUENCIA

Un componente significativo de la modificación del marco analítico que venimos considerando, tiene que ver con una nueva relación que se establece entre individuo y sociedad a la hora de explicar la delincuencia y, sobre todo, a la hora de afrontar su prevención. El vehículo transmisor de esa nueva aproximación analítica podríamos calificarlo como la *ideología de la distribución o reparto de riesgos* entre individuo y sociedad.

Resulta casi ocioso recordar que los riesgos de los que estamos hablando ya no son los riesgos tecnológicos. Nos encontramos dentro de una política criminal que, como vimos en los apartados precedentes, ha modificado sustancialmente los objetos preferentes de atención de la intervención penal, aunque podamos seguir hablando de una sociedad con una elevada sensibilidad al riesgo, pero al riesgo de la delincuencia común o clásica en los términos ya vistos.

La ideología a la que me refiero parte del presupuesto de que individuo y sociedad deben compartir de forma razonable los riesgos del delito, sin que haya de ser la comunidad la que termine haciendo todo el esfuerzo en la prevención de la delincuencia. Por individuo se entiende, en este contexto, a la persona que ha cometido, o está en trance de cometer, un delito.

La consecuencia de ese postulado es que la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de reincidencia delictiva, tanto de los procedentes de los delinquentes habituales como de los que con menor intensidad crean, asimismo, los delinquentes ocasionales. El coste de ese riesgo ha de pasar, íntegramente, al propio delincuente.

Un planteamiento tal lleva, en primer lugar, a que la

sociedad se vea descargada de la obligación de promover la resocialización de los delinquentes en cuanto encaminada, primordialmente, a evitar la recaída en el delito. Y ello sin necesidad de acudir a argumentos conectados a su pretendida ineficacia. Se trata, pura y simplemente, de que son uno costes que no le corresponden¹⁶⁸. En segundo lugar, la inocularización selectiva, esto es, aquella utilización de la pena que defiende que un notable incremento de los periodos de encarcelamiento y control ejercidos sobre los delinquentes habituales y reincidentes repercute de forma inmediata, y debido a un mero efecto estadístico, en las tasas de criminalidad, parece la opción más sensata. Tal forma de abordar la delincuencia resulta avalada, por lo demás, por las extensas experiencias que las técnicas actuariales de gestión de riesgos han obtenido en otros ámbitos sociales. En tercer lugar, un adecuado cálculo de los riesgos de la reincidencia aconseja superar el principio jurisdiccional de la culpabilidad por el hecho, de modo que habrá que extender las intervenciones sobre el reincidente, más allá del momento en que ha cumplido la condena, así como anticiparlas a periodos previos a ella¹⁶⁹.

¹⁶⁸ La actual polémica sobre la procedencia de implementar tratamientos para los autores de conductas de violencia doméstica se mueve, en gran medida, bajo estas coordenadas. Véase LARRAURI PUJOLAN, "¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?", en LÓPEZ BARRA, ZUGALDIA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal*, Instituto Ortega y Gasset-Marcial Pons, 2004, ps. 359-364, 374.

¹⁶⁹ Una de las mejores descripciones de este discurso, desde una actitud sin duda comprensiva, aunque también preocupada ante sus posibles excesos, se encuentra en SILVA SANCHEZ, "El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones

La ideología de la distribución de riesgos entre individuo y sociedad es, a mi juicio, un discurso que se sirve de una terminología tecnocrática para ocultar la insolidaridad social que le inspira. El punto de referencia revelador de su naturaleza se encuentra en que la sociedad no admite, o restringe notablemente, sus responsabilidades en la génesis y abordaje de la delincuencia. Se trata de una muestra más de la consolidación de los enfoques volitivos sobre los estructurales en el análisis de la delincuencia, esto es, de la convicción de que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente, y no en carencias sociales que puedan condicionar su comportamiento¹⁷⁰.

A partir de esos presupuestos, el concepto de distribución de riesgos suministra un nuevo y relevante soporte argumental a la cada vez más intensa incompreensión social que suscitan los programas de resocialización de los delincuentes. En sentido contrario, la potenciación de la inocuización, e, incluso, del peligrosismo, se cohonestan muy bien con la visión social predominante del delincuente, a quien se percibe como un individuo racional que ha decidido libremente actuar de forma ventajista en la convivencia social.

¹⁷⁰ *juridicopenales frente a los delincuentes sexuales violentos en derecho comparado*", en REDONDO ILLASCAS (coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, 2002, ps. 143-146, 155-159. Llamando la atención sobre el protagonismo que está adquiriendo la inocuización, entre otros, MAQUEDA ABREU (2003), op. cit., ps. 8, 9-10; GONZÁLEZ CUSSAC, (2003), op. cit., p. 24; NIETO MARTÍN, (2004), op. cit., p. 221.

¹⁷⁰ Ya hemos visto en el Capítulo V ciertos factores que priman, en la actual política criminal, los enfoques volitivos sobre los estructurales.

La adopción de la actividad de seguros o actuarial como modelo de la distribución de riesgos, permite que individuo y sociedad se vean como meras contrapartes de un contrato en el que ninguna de ellas tiene aparentemente que responder por circunstancias previas favorecedoras del riesgo. En la práctica, sin embargo, se exime a la sociedad de ocuparse de las privaciones sociales que, con su funcionamiento, ha hecho aparecer en ciertos individuos o sectores sociales, y al individuo se lo deja solo con su personalidad y forma de vida, que aparecen descontextualizadas y pasan a ser únicas recipientarias de los reproches sociales.

Junto al trasfondo ideológico y político acabado de señalar, el concepto de distribución de riesgos muestra algunas incoherencias que conviene destacar:

Ante todo, llama la atención que sean precisamente los delincuentes habituales los que deban asumir los costes de su delincuencia, mostrándose la sociedad menos renuente a tomar a su cargo los propios de la delincuencia ocasional; un modo de razonar verdaderamente atento a la eficiencia social debería proponer que los esfuerzos y presupuestos de los órganos de control social se concentraran en los delincuentes habituales, aquellos cuyo actuar está más condicionado por factores sociales que ellos, por sí solos, son incapaces de superar, mientras que fueran los delincuentes ocasionales, dadas sus condiciones sociales previas favorables, los que tuvieran que correr con los costes de su delinquir.

Por otro lado, no puede dejar de sorprender que en una aproximación policriminal tan pendiente de una eficiente asignación de recursos queden en un segundo plano los costes de la inocuización y de la revitalización del peligrosismo. Para nadie es un secreto los elevados dispendios que conlleva una política criminal

de aislamiento y segregación sociales de buena parte de los delincuentes, no sólo en términos de recursos materiales y humanos para su mantenimiento, sino también en otros rubros sociales como el empleo, la capacitación profesional y la sanidad, sin que falten ejemplos muy significativos para demostrarlo¹⁷¹.

4. LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE INDIVIDUO Y CIUDADANO EN EL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Un nuevo avance en la configuración de las bases analíticas del modelo penal de la seguridad ciudadana, se logra mediante la introducción de la distinción entre quienes merecen o no ser considerados ciudadanos de una determinada comunidad. Una vez que se ha tenido éxito en situar la discusión sobre los contenidos de intervención del moderno derecho penal en el marco de la expansión securitaria, y se ha abogado por un relevante desplazamiento de las cometidos de prevención de la delincuencia desde la sociedad al propio delincuente, ha llegado el tiempo de degradar al delincuente para poder así justificar el rigor de las intervenciones penales que se planean. En todo caso, debe tratarse de una degradación que no despoje al delincuente de su capacidad para actuar libre y racionalmente, cualidades ambas, como ya sabemos, que constituyen presupuestos de las secuencias analíticas precedentes.

Sin duda ha sido Jakobs quien, tras una evolución significativa de su pensamiento¹⁷², ha formulado en la

¹⁷¹ Véase la información suministrada por WACQUANT (2001), op. cit., *passim*, con especial referencia a Estados Unidos.

¹⁷² Los tres hitos más relevantes en el tema que nos ocupa pueden considerarse sus obras "Criminalización en

política criminal moderna la más acabada contraposición entre ciudadano e individuo, con dos corolarios trascendentes para nuestro propósito: el de que al individuo que además se muestra peligroso hay que tratarlo como enemigo social, y el de que ciertos delincuentes pertenecen a esa categoría de enemigos de la sociedad.

Sin poder pasar por alto las indudables raíces funcionales de su construcción, que se resumirían en la constatación de que el concepto de persona no es uno originario, sino uno que resulta atribuido al individuo como producto de la comunicación dentro del sistema social, atribución que dependerá del grado de satisfacción de las expectativas normativas que esté en condiciones de prestar el individuo¹⁷³, me parece significativo resaltar que en sus últimas exposiciones ha procurado

el estadio previo a la lesión del bien jurídico", en *Estudios de derecho penal*, UAM/Civitas, 1997, publicada originalmente en 1985; "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", en ESER-HASSEMER-BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C.H.Beck, 2000, expuesta por primera vez en 1999; "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", que es su última postura y que será la que se seguirá más de cerca en la exposición del texto, en JAKOBS-CANCIO, *Derecho penal del enemigo* (2003), op. cit., Véanse referencias a su evolución en CANCIO MELIA (2003), op. cit., ps. 60-61, 79-80, 85-86; PORTILLA CONTRERAS, "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesalpenal del enemigo", *Jueces para la Democracia*, 2004, ps. 43-44; Gómez Martín (2004), op. cit., ps. 82-84.

¹⁷³ Quizás la formulación más acabada de la perspectiva funcional en la distinción entre individuo y persona a efectos juridicopenciales se encuentre en JAKOBS, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, 1996, ps. 19-25, 35-38, 47-62.

complementar esa aproximación metodológica con otra de origen más políticojurídico. Para ello se ha servido de algunas de las formulaciones iusfilosóficas más conocidas del contrato social, las cuales le permiten, a su juicio, fundamentar la distinción entre persona/ciudadano por un lado, e individuo/enemigo por otro: así, sin necesidad de llegar a la contundencia de Rousseau o Fichte, para quienes todo delincuente es un enemigo que pierde los derechos obtenidos en virtud del contrato social, considera razonable la postura de Hobbes y Kant, quienes consideran que se ha de privar del estatus de ciudadano a todo aquel que muestre una tendencia a persistir en el delito.¹⁷⁴

Sea como fuere, lo cierto es que Jakobs sostiene que el derecho penal que conocemos va dirigido a ciudadanos, esto es, a aquellos individuos respecto de los cuales existe una expectativa de comportamiento personal, determinado por los derechos y deberes vigentes en la sociedad y con una actitud de fidelidad al ordenamiento jurídico. La pena, en el caso de que estos ciudadanos defrauden la expectativa normativa, tiene la función de reafirmar la vigencia de la norma infringida, confirmando así la identidad social; los efectos preventivos o motivadores de futuros comportamientos le son ajenos o, al menos, secundarios. Sin embargo, para que alguien sea tratado como ciudadano es preciso que corrobore, a través de su comportamiento habitual, que se atiene a las expectativas normativas antedichas, es decir que ofrezca garantías de que procede normalmente así. Si ése es el

¹⁷⁴ Véase esta fundamentación en Jakobs (2003), op. cit., ps. 25-33, y confrontese con la que había hecho en (2000), op. cit., ps. 50-54.

caso, la realización ocasional de un delito por su parte no le priva de su condición de ciudadano, y la pena que se le impondrá desempeñará la función arriba mencionada.

Por el contrario, existen individuos que, debido a su actitud personal, a sus medios de vida, a su incorporación a organizaciones delictivas o a otros factores, muestran de manera reiterada y duradera su disposición a delinquir, defraudando así persistentemente las expectativas normativas formuladas por el Derecho, por lo que no satisfacen las garantías mínimas de comportamiento de acuerdo con las exigencias del contrato social. A tales individuos no se les puede considerar personas ni ciudadanos, son enemigos de la sociedad que deben ser excluidos de ella. El derecho penal que ha de regir para ellos debe ser sustancialmente distinto del vigente para los ciudadanos, ha de ser uno militante, encaminado a neutralizar su peligrosidad, en el que las garantías son reducidas y la pena ya no busca reafirmar la vigencia de la norma, sino asegurar el mantenimiento extramuros de la sociedad de estos individuos.

Nichos sociales de surgimiento de enemigos dentro de la sociedad del riesgo, estima Jakobs que se encuentran de forma predominante en la criminalidad económica, en el terrorismo, en el narcotráfico y la delincuencia organizada en general, en la delincuencia sexual u otras conductas peligrosas cercanas, en la delincuencia habitual y, en general, en toda la delincuencia grave. Tales ámbitos delictuales deberían, pues, tratarse de acuerdo con las pautas de ese derecho penal de enemigos y no de ciudadanos.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Véase Jakobs (2000), op. cit., ps. 49-53; (2003), op. cit., ps. 13-15, 23-25, 33-43, 47, 51, 55-56.

La elaboración conceptual desarrollada por Jakobs¹⁷⁶ constituye un nuevo y significativo progreso en la consolidación de actitudes sociales de incomprensión hacia la delincuencia, de extrañamiento social del delincuente, el cual ahora, en determinadas circunstancias, se ve privado de su carácter de ciudadano y aun de persona, para convertirse en enemigo de la sociedad. De esta manera, no sólo han quedado definitivamente arrinconados los enfoques estructurales sobre la criminalidad, sino que incluso aproximaciones securitarias, como la de distribución de riesgos entre sociedad y ciudadano, sufren mermas legitimatorias, dado que resulta cada vez más difícil justificar que la sociedad deba compar- tir algo, deba acordar cualquier reparto de riesgos, con quien es su enemigo. La meta es asegurar la exclusión de la sociedad de ciertos delincuentes.

Cuando uno se pregunta quiénes son esos individuos a los que se quiere mantener al margen de la sociedad, se percibe todavía, aunque ya ocasionalmente, la retórica de la sociedad del riesgo¹⁷⁷, pero resulta evidente que

¹⁷⁶ No pretendo en lo que sigue realizar una crítica de los presupuestos teóricos que fundamentan la construcción de Jakobs. Mi objetivo se limita a analizar críticamente las inmediatas implicaciones que su propuesta tiene en la consolidación del modelo penal de la seguridad ciudadana. Véase recientemente en la doctrina española un abordaje más básico, con referencias bibliográficas adicionales, en CANCIO MELIÁ (2003), op. cit., ps. 78 y ss; PORTIELA CONTRERAS (2004), op. cit., ps. 43 y ss., en especial 45-49; MUÑOZ CONDE (2004), op. cit., ps. 170-175; GÓMEZ MARTÍN (2004), op. cit., ps. 84-87.

¹⁷⁷ Véanse referencias en ese sentido de JAKOBS, en directa relación con la construcción del derecho penal del enemigo, en (2000), op. cit., ps. 50, 53.

estamos en un contexto distinto. Es fácil apreciar cómo las áreas de intervención se corresponden, casi totalmente, con las que ya hemos visto que son objeto de atención preferente dentro de la expansión securitaria. Sin embargo, la aportación fundamental que la distinción entre ciudadano y enemigo hace a esa expansión no reside en la coincidencia de los sectores preferentes de intervención penal, sino en algo más trascendente y que ya había sido apuntado por la ideología de la distribución de riesgos.

Se trata de la estructuración del derecho penal desde la persona del delincuente y no desde el hecho dañoso cometido, de una nueva y reforzada legitimación, en definitiva, del derecho penal de autor¹⁷⁸. En efecto, el punto de referencia fundamental a la hora de distinguir entre las dos formas de intervención penal propuestas pasa a ser una actitud persistente de desapego, de distanciamiento, hacia el orden sociojurídico dentro del que el individuo se desenvuelve. El efecto ampliatorio frente a los análisis anteriores reside en que ya no es imprescindible la contumacia en el delito, la habitualidad o reincidencia delictivas. Sin perjuicio de que ésa sea una condición de frecuente concurrencia¹⁷⁹, lo peculiar ahora es que

¹⁷⁸ Lo ha puesto nítidamente de manifiesto, CANCIO MELIÁ (2003), op. cit., ps. 88-89, 100-102.

¹⁷⁹ Creo que se puede afirmar que una lectura cuidadosa de JAKOBS (2000) y (2003), op. cit., *passim*, muestra que su construcción del derecho penal del enemigo no se edifica sobre el delincuente reincidente o habitual, sino sobre el individuo que rechaza de forma persistente el ordenamiento jurídico y muestra así su disponibilidad a delinquir, quizás plasmada ya en algún comportamiento delictivo. Ello no obsta a que en algunos pocos pasajes tienda a referirse a la habitualidad delictiva.

basta con una actitud permanente de desprecio hacia el orden jurídico y la disponibilidad a infringirlo. En consecuencia, el incipiente derecho penal de autor que había supuesto, sin duda, el asentamiento del criterio de distribución de riesgos sobre la cualidad de delincuente reincidente o habitual, resulta ahora decisivamente potenciado mediante esta trascendente ampliación de los sujetos sometidos al nuevo derecho penal.

Las dos contribuciones esenciales del derecho penal del enemigo al nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, esto es, la degradación del delincuente a enemigo y la expansión de la intervención penal en clave personal y no fáctica, no conllevan, por lo demás, la más leve modificación en los usos de la pena que se han ido mostrando consustanciales al modelo securitario: la reafirmación de la vigencia de la norma queda, por definición, excluida para los enemigos¹⁸⁰, la prevención general resulta devastada en la medida en que se reconoce a cualquier ciudadano el derecho a salirse del ordenamiento jurídico, adquiriendo un nuevo estatus que, sólo en caso de descubrimiento de sus activida-

¹⁸⁰ Lo cual no deja de ser una incongruencia respecto de algunos de los sectores de criminalidad incluidos en el derecho penal del enemigo, como es el caso de la delincuencia terrorista o de los delitos ilícitos desde el mundo subdesarrollado al desarrollado. Asumiendo una idea que ha puesto de manifiesto CANCIO MELIA (2003), op. cit., ps. 94-100, se puede decir que en supuestos como éstos se percibe que estamos ante configuraciones sociales de importancia relevante, pero con una legitimación problemática o cuestionada, esto es, ante ámbitos de identidad social sensibles, y lo que procedería en tales casos es justamente utilizar la pena en su función de reafirmación de la vigencia de la norma, que es lo que precisamente se descarta en las actuaciones propias del derecho penal del enemigo.

des, puede resultarle desfavorable¹⁸¹, y parece claro que no procede destinar medios personales o materiales a la resocialización de los enemigos. De nuevo, pues, se apuestan todas las bazas en la inocularización o intimidación individuales¹⁸².

¹⁸¹ Véase ya lo dicho en Capítulo VI, apartado 2. Han llamado la atención sobre la improcedencia de otorgar la competencia normativa a cada ciudadano, CANCIO MELIA (2003), op. cit., ps. 98-100; LAURENZO COPELLO (2003), op. cit., ps. 455-456.

Resulta patente en cualquier caso que en la práctica la distinción entre ciudadano y enemigo no va a ser una de lo que podrá disponer el ciudadano, sino que serán las instancias de control social las que determinen, al margen de actitudes personales, quiénes merecen el calificativo de enemigos, y que habrá que contar con previsibles abusos en esa delimitación. Véanse al respecto MUÑOZ CONDE, "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *El País*, 15/1/2003; (2004), op. cit., ps. 172-174; PORTILLA CONTRERAS (2004), op. cit., ps. 45.

¹⁸² Véanse críticas adicionales a la tesis de JAKOBS, en Capítulo VI, apartado 2. En la doctrina española, ZUGALDÍA ESPINAR (2004), op. cit., ps. 1130-1133, ha considerado que la distinción entre persona e individuo introducida por Jakobs no tiene repercusiones prácticas, y más si se tiene en cuenta que ese mismo autor deslegitima al derecho penal del enemigo, en cuanto estima que frente al enemigo no todo está permitido.

Una propuesta de configuración de dos clases de derecho penal, basada en la diversa naturaleza de los delinquentes, la ha formulado recientemente en España BUENO ARÚS (2003), op. cit., ps. 75, 82-84, 109-110: Según este autor, deben recibir un tratamiento diferenciado la delincuencia por necesidad, por frustración o por falta de oportunidades sociales, y aquella otra que es delincuencia por abuso, por prepotencia o gratuita. Si en el primer grupo se encontrarían "la inmensa mayoría de los delinquentes, de los jóvenes, de los reos de delitos pequeños, en especial contra la propiedad", en el segundo entrarían terrorismo, crímenes internacionales, asesinatos y violaciones innecesarios o

CAPÍTULO VIII

LA ACOGIDA DOCTRINAL DEL MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Concluido el estudio crítico del marco analítico doctrinal que pretende dotar de fundamento al modelo penal de la seguridad ciudadana, ha llegado la hora de ocuparnos de las específicas propuestas de la doctrina que concetan los rasgos que debiera poseer ese derecho penal cuyo objetivo primordial habría de residir en satisfacer las demandas sociales de seguridad ciudadana.

Voy a enumerar tres propuestas que se superponen en buena medida, pero cuyas peculiaridades merecen ser salvaguardadas para obtener, así, una visión más completa y matizada del fenómeno.

1. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La autonomía conceptual que la distinción entre ciudadano e individuo ha otorgado a ciertos delinquentes, considerados enemigos sociales, y a las actividades ilícitas que llevan a cabo, se traslada de forma inmediata a una determinada estructura jurídicopenal. La idea motriz de todas las modificaciones que se proponen o se avalan para ese derecho penal de enemigos, gira en tor-

no provocados, delincuencia de cuello blanco, tráfico de drogas y personas, robos muy violentos.... Pues bien, para la delincuencia del primer grupo procedería un derecho penal centrado en la resocialización, mientras que el otro bloque delincucional debería ser abordado mediante su inocuización. Las concomitancias con la propuesta de Jakobs acabada de estudiar saltan a la vista. Sin embargo, y sin perjuicio del global juicio negativo que merece, entre otras razones, por la demonización que hace de cierto tipo de delincuencia, la asunción de perspectivas propias del derecho penal de autor, y la apertura a intervenciones penales desmesuradas en ese sector delincucional —véase *infra*—, conviene resaltar el mantenimiento por este penalista de un enfoque estructural respecto de un significativo sector de la criminalidad, sin duda el más numeroso cuantitativamente, y su consecuente demanda de esfuerzos resocializadores en ese ámbito. Si se me permite una expresión algo cómplice, digamos que supone un inaceptable derecho penal del enemigo con una mejorada identificación de quién es el enemigo.

no a la idea de la peligrosidad de tales delinquentes, y a su consiguiente corolario de que no hace falta esperar para intervenir penalmente a la producción de un daño o al surgimiento de un peligro identificable¹⁸³.

En el plano material, ello supone, ante todo, dar el aval de la ciencia juridicopenal, bajo el calificativo de legislación de guerra o de emergencia, a las numerosas iniciativas legislativas que en ámbitos muy diversos, mediante modificaciones del código penal o la aprobación de leyes penales especiales, han corporizado en la llamada "expansión securitaria"¹⁸⁴. En sentido más específico, se considera oportuno proseguir con la anticipación de la punición a fases alejadas de la comisión del delito, como la conspiración o la mera pertenencia a organizaciones criminales, cuyas penas deberán ser equiparables a las de intervenciones posteriores más próximas a la conducta lesiva o peligrosa¹⁸⁵. Se propugna, igualmente, un decidido aprovechamiento de los efectos inculcizadores de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; su cumplimiento debe tener restringida al máximo la obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento¹⁸⁶.

¹⁸³ Véase JAKOBS (2003), op. cit., ps. 14, 23-24, 32-33, 40, 42-43.

¹⁸⁴ Véanse JAKOBS (2000), op. cit., ps. 51-52, (2003). 33-40; BUENO ARÚS (2003), op. cit., ps. 83, 109.

¹⁸⁵ Véase JAKOBS (2000), op. cit., ps. 51; (2003), op. cit., ps. 40, 43.

¹⁸⁶ Véanse JAKOBS (2003), op. cit., ps. 23-24; BUENO ARÚS (2003), op. cit., ps. 83-84.

Simultáneamente, se han de potenciar medidas sancionadoras específicamente destinadas a combatir la peligrosidad, más allá de lo que pueda hacerlo la pena misma. Se propugna la revitalización de un derecho de medidas asegurativo para este tipo de delinquentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida, y la potenciación de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena¹⁸⁷.

Pero es, sin duda, el ámbito del proceso penal aquel en el que el derecho penal del enemigo concentra sus esfuerzos. Y no sólo a través de la preconizada mayor facilidad de imposición de la prisión preventiva, estrechamente relacionada con la potenciación del derecho de medidas acabado de señalar, sino también mediante una panoplia de propuestas que desmontan, sin contemplaciones, el derecho penal garantista: facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los periodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida..., etcétera¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Véanse JAKOBS (2003), op. cit., ps. 14, 23-24, 32-33, 38; BUENO ARÚS (2003), op. cit., ps. 75. Destaca como el derecho penal del enemigo desarrolla una fuerte tendencia hacia su conversión en un derecho de medidas y no de penas, SILVA SÁNCHEZ (2001) op. cit., ps. 164-165; véase, además, *infra*, apartado 3.

¹⁸⁸ Véase JAKOBS (2000), op. cit., p. 52; (2003), op. cit., ps. 43-46. Véase, asimismo, la detenida exposición que PORTILLA CONTRERAS (2004), op. cit., ps. 43, 45-49, realiza de las consecuencias que discípulos o seguidores de Jakobs sacan en el campo procesal penal a partir de las tesis del derecho penal del enemigo.

Finalmente, hay dos motivos, que podríamos llamar "coyunturales" o "de oportunidad" que refuerzan todo el esfuerzo precedente: el primero constata la presión de la sociedad y de diversos subsistemas del sistema social, singularmente el económico y el político, para que el sistema penal resulte eficaz y efectivo, además de eficiente, en la lucha contra esa delincuencia, así como sus indisimuladas advertencias de que si la ciencia jurídica penal no lo adapta a tales exigencias con la configuración de un derecho penal de guerra, el derecho penal que conocemos y las estructuras conceptuales que lo conforman están condenados a la irrelativancia¹⁸⁹. El segundo llama la atención sobre el hecho de que únicamente si se atienden tales demandas se logrará impedir la contaminación del derecho penal de los ciudadanos con los contenidos del derecho penal del enemigo, algo que ya se ha producido en ciertos ámbitos, como es el caso de la cada vez más extendida punición de numerosos actos preparatorios. Por lo demás, si la ciencia penal toma a su cargo esa tarea tendrá ocasión de establecer ciertos límites a ese nuevo derecho penal, límites que debieran prevenir frente a una renuncia generalizada, por su parte, a los principios del derecho penal garantista¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Véase JAKOBS (2000), op. cit., ps. 49, 53-54.

¹⁹⁰ Véase JAKOBS (2003), op. cit., ps. 22, 33, 46, 48-50, 56. También BUENO ARÚS (2003), op. cit., ps. 84, 109-110.

Véanse otras descripciones en la doctrina del derecho penal del enemigo de JAKOBS, en MENDOZA BUERGO (2002), op. cit., ps. 311-312; CANCIO MELIA (2003), op. cit., ps. 79-81; PORTILLA CONTRERAS (2004), op. cit., ps. 43-45; GÓMEZ MARTÍN (2004), op. cit., ps. 82-84, entre otros.

2. EL DERECHO PENAL DE LA TERCERA VELOCIDAD

Lo que Silva Sánchez ha denominado el "derecho penal de la tercera velocidad", constituye una propuesta polícrocriminal fácilmente vinculable al concepto de derecho penal del enemigo analizado en el subapartado anterior, algo de lo que es consciente su propio creador¹⁹¹. Sin embargo, sería equivocado pasar por alto algunos matices relevantes.

El primero de ellos reside en que esa tercera velocidad, exasperadora de la intervención penal en ciertos ámbitos sociales, se produce dentro de un discurso sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo que acaba de proponer, para las nuevas formas de delincuencia ligadas a la sociedad tecnológica y a la criminalidad de los poderosos, una retirada significativa de la intervención penal. Esa retirada, concretada en el derecho penal de la segunda velocidad, habrá de posibilitar que, a cambio de una flexibilización de las garantías -por cierto, escasamente precisada-, se saque del catálogo de penas previstas para tales comportamientos a la pena de prisión¹⁹².

Que el derecho penal de la tercera velocidad está pensado para una criminalidad muy distinta, se confirma fácilmente en cuanto se atiende a las áreas preferentes

¹⁹¹ Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 163-165. Llamano claramente la atención sobre la semejanza, CANCIO MELIA (2003), op. cit., ps. 79-83. Por el contrario, GÓMEZ MARTÍN (2004), op. cit., p. 83, considera que la tercera velocidad de Silva se aproxima sólo a la primera, y limitada, postura de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo formulada en 1985.

¹⁹² Y ello una vez que se hayan agotado las posibilidades del derecho administrativo sancionador. Véase *supra*, Capítulo VI.

de intervención de ese derecho penal más riguroso: ante todo, su defensor pone especial cuidado en excluir expresamente a la delincuencia socioeconómica de la influencia de esa tercera velocidad punitiva, ya que aquella sería un sector de la criminalidad que pertenecería a la dulcificada segunda velocidad o, todo lo más, a la primera.¹⁹³ En este nuevo derecho penal se integrarían, por el contrario, la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta o reiterada, la criminalidad organizada¹⁹⁴, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo.¹⁹⁵

El segundo matiz relevante tiene que ver con el relativo distanciamiento de la idea motriz de la lucha contra la peligrosidad del individuo, que caracteriza al derecho penal del enemigo¹⁹⁶. Sin, desde luego, renunciar a ella¹⁹⁷, el derecho penal de la tercera velocidad

¹⁹³ Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., p. 163.

¹⁹⁴ Si bien el autor, junto con otros autores, además de tener la impresión de que la delincuencia organizada se ha convertido en un circunstancial compañero de viaje del terrorismo a la hora de ser objeto de determinadas decisiones politocriminales rigurosas, tiene serias dudas de que ese derecho penal reforzado llegue a la auténtica delincuencia organizada, temiendo que incida exclusivamente sobre la criminalidad patrimonial común que se sirve de cierta organización. Véanse SILVA SÁNCHEZ-FELIP SÁBORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 127, 128, 130-131.

¹⁹⁵ Véanse SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 163, 165; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SÁBORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 133-134.

¹⁹⁶ Véase *supra*, apartado precedente.

¹⁹⁷ Probablemente porque le concede autonomía suficiente como para desarrollar un nuevo enfoque politocriminal dirigido en buena parte a otro tipo de delincuencia. Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 164-165, c *infra*, apartado siguiente.

introduce, como motivos determinantes de su existencia, por un lado, la conveniencia de reaccionar energicamente frente a conductas especialmente graves por suponer una negación frontal de los principios políticos o socioeconómicos básicos de nuestro modelo de convivencia, y por el otro, y en estrecha relación, la necesidad de asegurar la efectividad de la reacción penal a esas conductas superando las dificultades adicionales de persecución y prueba que presentan. Es, por tanto, la sobresaliente lesividad de estos comportamientos la que explica que la sociedad, en estos casos, esté dispuesta a renunciar a ciertas cotas de libertad a cambio de reforzar la seguridad¹⁹⁸.

Con esas salvedades, las propuestas de estructuración del derecho penal de la tercera velocidad apenas difieren de las del derecho penal del enemigo: se da también por inevitable y asumible la conformación de un nuevo derecho penal de esas características¹⁹⁹, y se concentra la atención en hacer menos estrictas las reglas de imputación de responsabilidad, en anticipar la intervención penal a fases previas a la ejecución e, incluso, a la preparación del delito, en el incremento de las penas de prisión, y en la eliminación o reducción de las garantías penales y procesales en general²⁰⁰.

¹⁹⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 165-166. En estrecha relación con la violencia política, véase una postura similar en BENILOCH PETT, "El derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2003, ps. 221-223.

¹⁹⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., p. 166.

²⁰⁰ Ídem, ps. 163-166.

Si cabe destacar en Silva Sánchez una reiterada preocupación por los abusos a que pudiera dar lugar el uso normalizado del derecho penal de la tercera velocidad; tal inquietud le lleva, en primer lugar, a insistir en su carácter excepcional, tanto en lo que respecta a los sectores sociales abarcados, como en lo concerniente a su periodo de vigencia. En segundo lugar, estima necesario imponer límites a sus contenidos, que habrían de inspirarse singularmente en el principio de proporcionalidad, sin olvidar la comprobación de su necesidad, eficacia y respeto del principio de subsidiariedad. Por último, debería prevenirse la contaminación del derecho penal normal, el de la primera velocidad, por este guerrero derecho penal²⁰¹.

3. LA RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DE LA PELIGROSIDAD

La primacía otorgada en el discurso de la seguridad ciudadana a la peligrosidad del delincuente, así como la relevancia obtenida por ideas como la gestión administrativa de los riesgos o la distribución de riesgos entre sociedad e individuo²⁰², hacían fácilmente previsible la reactivación de las propuestas doctrinales partidarias del derecho de medidas de seguridad. Éste había ido perdiendo paulatinamente peso en los ordenamientos jurídicos modernos, de lo que es uno de los ejemplos más significativos el nuevo Código Penal español de 1995, y las preocupaciones securitarias van a suponer su reactivación. Sin embargo, este nuevo derecho de la peligrosidad presenta perfiles

²⁰¹ Ídem, ps. 163-164, 166-167; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 130-133, en esta última obra con un enfoque apreciablemente más restrictivo.

²⁰² Véase *supra*.

que lo diferencian, en aspectos importantes, del que había quedado arrinconado no hace mucho.

Ante todo, la característica relevante de los individuos objeto de su atención no es la presencia en ellos de ciertas carencias personales o sociales, sino simplemente su cualidad de generadores de inseguridad ciudadana. Ello le hace centrarse en dos grandes grupos de delinquentes: por un lado, aquellos que llevan a cabo una delincuencia que se siente como especialmente grave, singularmente la delincuencia violenta y la sexual; por el otro, los delinquentes reincidentes y habituales, entre los que ocupan un lugar preferente los autores de la criminalidad leve patrimonial²⁰³.

En segundo lugar, este derecho de peligrosidad renuncia gustosamente a la obtención de un estatus autónomo, a cambio de impregnar, con sus contenidos, otros sectores jurídicos bien consolidados. Desde luego, ése es el caso del derecho penal y del derecho penitenciario, pero también del derecho procesal penal –prisión preventiva–, de determinados ámbitos del derecho administrativo –deber de publicar listas de delinquentes sexuales por órganos de las comunidades autónomas– y del derecho civil –medidas cautelares de naturaleza civil en el ámbito doméstico–. De este modo, amplía notablemente su alcance sin necesidad de enredarse en embarazosas cuestiones sobre la legitimidad de su autonomía²⁰⁴.

En tercer lugar, entre sus metas ha desaparecido casi

²⁰³ Véanse SILVA SÁNCHEZ (2002), op. cit., ps. 156, 159; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 118, 122-124.

²⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ (2002), op. cit., ps. 157; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., p. 123.

totalmente la de corregir o resocializar al delincuente, siendo la inculcación, dentro o fuera de la prisión, el objetivo que marca en todo momento su proceder. Se incorpora, de este modo, con fluidez a las corrientes aludidas en los dos apartados precedentes, a las cuales aporta una valiosa reconversión de un sector de intervención prometedor²⁰⁵.

De sus propuestas más significativas cabe mencionar las siguientes: *Reintroducción de las medidas de seguridad predictivas*, a las que reivindica teóricamente y cuyo existencia material, aunque no formal, recuerda: esa sería la auténtica naturaleza, por ejemplo, de los supuestos de prisión preventiva para delincuentes habituales o maltratadores, o de las medidas cautelares civiles y penales para estos últimos²⁰⁶. *Acomodación de los sustitutivos penales y régimen penitenciario* a los pronósticos de peligrosidad: lo que ha de repercutir, si no lo ha hecho ya, en el endurecimiento del sistema de prueba de la condena y libertad condicionales, en la progresión en grado durante la ejecución penal y en los beneficios penitenciarios²⁰⁷. *Reinstitución del sistema*

²⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 146-147; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 122-124.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., p. 147; (2002), op. cit., p. 156; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 118-119, 120.

Sobre los ejemplos mencionados, véanse arts. 503 y 544 ter de la LECrim. Aluden a estos supuestos de expansión de la peligrosidad, SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 120, 124; NIETO MARTÍN (2004), op. cit., p. 223; SÁEZ VALCARCEL (2004), op. cit., ps. 4-5.

²⁰⁷ Véanse SILVA SÁNCHEZ (2002), op. cit., p. 158; SILVA SÁNCHEZ-

de acumulación de pena y medida, frente al ya consolidado sistema vicarial, lo que abre el paso, además, a la *imposición de medidas permanentes o de larga duración* tras el cumplimiento y cancelación de la pena y, eventualmente, de la medida de seguridad: estas medidas, o como se las quiera llamar, abarcan desde libertad vigilada con periódicos controles policiales, sociales o sanitarios, hasta la publicación o puesta a disposición de cualquiera de información sobre su previo comportamiento delictivo, durante plazos que pueden extenderse, incluso, durante toda la vida del condenado²⁰⁸.

Esta revitalización del derecho de la peligrosidad exige, indudablemente, cuestionar su actual configuración en ordenamientos como el español: la primera decisión legislativa a impugnar es, sin duda, la que ha restringido en el Código Penal español la imposición de medidas de seguridad a inimputables y semiimputables, con alguna extensión a los extranjeros; como ya se ha señalado, han de ser los delincuentes graves, reinciden-

FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 122-127, quienes muestran cómo las últimas reformas españolas de 2003 han atendido a casi todos esos aspectos.

²⁰⁸ Véanse SILVA SÁNCHEZ (2001), op. cit., ps. 146-147; (2002), op. cit., ps. 156-159; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., p. 125. Muestra en España de esta evolución lo es, como los últimos autores citados recuerdan, el reformado art. 57 del Código Penal, el cual ofrece, con la denominación de pena, la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el art. 48, que tienen una clara finalidad inculcadora, por un periodo de hasta 10 años más allá de la fecha de duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, así como las diversas iniciativas autonómicas para dar publicidad a los delincuentes sexuales y maltratadores.

tes o habituales los blancos prioritarios del derecho de medidas. Otra decisión legislativa de gran trascendencia que ha de ser revocada, es la que fija el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de las medidas de seguridad: siendo inaceptable determinar el contenido y duración de la medida en función de los de la pena a imponer por el hecho cometido, como ahora prescribe el Código Penal español, tampoco procedería, como defiende un sector de la doctrina, atenerse sustancialmente en su conformación y duración a lo que derive del pronóstico de peligrosidad. El criterio de proporcionalidad correcto habrá de basarse en el concepto de distribución de riesgos entre individuo y sociedad, esto es, en cuándo o a partir de qué momento el riesgo de reiteración en el delito lo debe asumir la sociedad, instante en el que ya no procederá la medida²⁰⁹.

Por más que objetivamente parece indudable que esta potenciación del derecho de la peligrosidad constituye una aportación que permite, por el momento, ceñir el círculo ideológico fundamentador del discurso de la seguridad ciudadana, no puede dejarse de mencionar que no faltan autores que ven en este derecho de la peligrosidad una seria alternativa al continuo incremento de las penas propio de la expansión securitaria²¹⁰.

²⁰⁹ Véanse SILVA SÁNCHEZ (2002), op. cit., ps. 157, 158-159, quien recuerda el respeto sólo aparente del principio de proporcionalidad actualmente vigente en lo que respecta a los inimputables, pues nada impide tras la conclusión de la medida de internamiento activar la vía del internamiento civil; SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., ps. 118-120.

²¹⁰ Véanse SILVA SÁNCHEZ-FELIP SABORIT-ROBLES PLANAS-PASTOR MUÑOZ (2003), op. cit., p. 121; SANZ MORÁN, "Reflexión de urgencia

4. CRÍTICA A LAS PROPUESTAS PRECEDENTES

El desenvolvimiento de las propuestas del derecho penal de la seguridad ciudadana es deudor, como no podía ser de otro modo, de las aproximaciones analíticas descritas en el Capítulo VII. De ahí que no proceda reproducir críticas ya formuladas en ese lugar, aunque resultará inevitable incidir sobre temas comunes.

Siendo cierto que el derecho penal de la seguridad ciudadana permite caracterizarse, ante todo, como una opción que prima la racionalidad pragmática, esto es, la eficacia y efectividad de la intervención penal, sobre cualquier otra consideración, no debiera pasarse por alto que tal preferencia se apoya sobre unas cuantas decisiones de naturaleza ética y teleológica que son previas²¹¹. Todas ellas podrían, quizás, agruparse en la idea de que estamos ante un derecho penal asentado sobre un proyecto político de *consolidación de las desigualdades sociales* y de *fomento de la exclusión social* de ciertos colectivos ciudadanos²¹².

A tales efectos, y en primer lugar, no duda en servirse de una visión comunitarista de la sociedad. Quizás sea injusto, al menos por el momento, equipararla con enfoques totalitarios, pero supone, indudablemente, una desaparición de actitudes tolerantes hacia conductas

sobre las últimas reformas de la legislación penal", Revista de Derecho Penal, 2004, ps. 18, 29.

²¹¹ Empleo las referencias a la racionalidad ética, teleológica o pragmática en el sentido propuesto en DíEZ RIPOLLÉS (2003), op. cit., ps. 91-98.

²¹² Destacan el atentado al principio de igualdad que suponen estos modelos, entre otros, MUÑOZ CONDE (2003), op. cit.; CORCOY BIDASOLO (2004), op. cit., p. 40.

desviadas o simplemente no convencionales, inherentes a toda sociedad abierta y pluralista. En ese sentido, abre una vía hacia la uniformidad social y el autoritarismo²¹³. Su incapacidad para captar la complejidad de las actuales sociedades plurales y las tensiones sociales que conllevan, esa incomprensión de una conflictividad social hasta cierto punto natural, le hace concentrar sus afanes punitivos en aquellos sectores sociales que menos sensibles son a intervenciones represivas a la hora de garantizar que atiendan a las demandas de respeto de la ley.

En segundo lugar, es un derecho penal que asume un sesgo clasista. De un modo insostenible ideológicamente dentro de las sociedades socialdemócratas actuales, establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a practicar sobre las conductas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos nocivos de las clases baja y marginal²¹⁴. A tal fin, lleva a cabo un precario análisis de la lesividad de los comportamientos a considerar, en virtud del cual convierte a la criminalidad común en un factor desestabilizador del orden político y

²¹³ Véanse diferentes apuntes sobre la cercanía de alguno de los modelos de seguridad ciudadana a concepciones autoritarias, y aun totalitarias, en MAQUEDA ABREU (2003), op. cit., p. 11; LANDROVE DÍAZ (2003), op. cit., p. 1926; MUÑOZ CONDE (2003), op. cit.; (2004), op. cit., ps. 172-174, 176; GÓMEZ MARTÍN (2004), op. cit., p. 84; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "El derecho penal del enemigo", diario *La Voz de Galicia*, 26/3/2004.

²¹⁴ Véanse, entre otros, CORCOY BIDASOLO (2003), op. cit., ps. 29, 40, con referencias al surgimiento de "ciudadanos de tercera"; MUÑOZ CONDE (2004), op. cit., p. 182; GARCÍA-PABLOS MOLINA, op. cit., ps. 408-409.

social de primer orden, haciéndola, consecuentemente, el objeto central de la intervención penal.

En tercer lugar, se dirige de forma casi absoluta a restringir las oportunidades vitales de los ciudadanos sujetos de forma directa a sus intervenciones, abandonando cualesquiera pretensiones de potenciar su integración social. Así, el pronóstico de que un sujeto va a realizar comportamientos delictivos en el futuro, sostén de la rampante idea de la peligrosidad, ha dejado de desencadenar una multifacética imbricación de la sociedad en la prevención de la materialización de ese pronóstico, para convertirse en el instrumento con el que se produce el desplazamiento desde la perspectiva de la inclusión social a la de la exclusión social: la cualidad de peligroso determina el momento en el que los costes de la prevención de la delincuencia recaen sustancialmente sobre el individuo, y no sobre la sociedad.

Por lo demás, está aún *por demostrarse la eficacia y efectividad* que estos modelos de seguridad ciudadana dicen aportar²¹⁵. Ciertamente, la sociedad occidental donde al parecer se ha desarrollado más a fondo este modelo, los Estados Unidos de América, no ofrece resultados en la lucha contra la criminalidad que lo avalen²¹⁶. Crece cada vez más la impresión de que se pudiera estar reproduciendo el proceso que tuvo lugar con la política penal en materia de drogas; el acreditado fracaso del modelo estadounidense en su ámbito nacional original fue coetáneo a su exportación al resto del

²¹⁵ Véase un cuestionamiento de su eficacia en MAQUEDA ABREU (2003), op. cit., p. 10; CANCIO MELIA (2003), op. cit., p. 89-90; MUÑOZ CONDE (2004), op. cit., ps. 175-176, 180-182.

²¹⁶ Véase WACQUANT (2001), op. cit., *passim*.

mundo. Algo semejante pudiera estar sucediendo con el tratamiento de la delincuencia organizada, la delincuencia callejera y el terrorismo.

En realidad, estamos ante un derecho penal que sirve a una política criminal que busca la efectividad en el corto plazo, bien ejemplificada en la expresión "barrer la delincuencia de las calles". Pero, de hecho, abandona las consideraciones de eficacia, centradas en la estable consecución de los objetivos de tutela perseguidos, lo que, en último término, cuestiona igualmente su efectividad a medio y largo plazo²¹⁷. La concentración de los esfuerzos policicriminales en un expeditivo abordaje de las manifestaciones delictivas, descuidando las causas sociales y políticas que las generan, pone de forma poco realista las esperanzas en los efectos del aislamiento social de colectivos cada vez más amplios²¹⁸, así como en los efectos comunicativos de una política de ley y orden que, tarde o temprano, mostrará sus endebles capacidades para la erradicación de las raíces de la delincuencia.

Esa búsqueda de la efectividad a corto plazo no sólo deja sin satisfacer sus objetivos pragmáticos declarados, sino que produce *efectos devastadores en la estructura de racionalidad* del derecho penal²¹⁹. Referencias claves de la racionalidad ética, fuertemente arraigadas en nues-

²¹⁷ Sobre el uso que hago de estos conceptos, véase Díez Ripollés (2003), op. cit., p. 95.

²¹⁸ Véanse las cifras suministradas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre el elevado número de ciudadanos sometidos directamente a los órganos de ejecución penal en 2003 –casi siete millones de personas adultas entre reclusos y sometidos a condena o libertad condicionales–, en *El País*, 28/7/2004.

²¹⁹ Llaman la atención sobre el necesario equilibrio entre la

tro sistema de creencias, deben ser manipuladas para simular que el nuevo modelo de derecho penal las respeta, lo que se hace necesario, sobre todo, entre los principios de la responsabilidad y la sanción: se desplaza el énfasis del principio de certeza o seguridad jurídica desde una precisa determinación legal de los hechos a una nítida precisión legal de las cualidades que debe poseer el autor de tales hechos; ello, por otra parte, conlleva una renovación de las tendencias, siempre latentes en torno a los conceptos de habitualidad o reincidencia, favorables a interpretaciones amplias del principio de responsabilidad por el hecho en su variante de impunidad del plan de vida; el principio de reprochabilidad o culpabilidad sufre tensiones cada vez más fuertes para adaptar sus contenidos a los de un concepto que nació, discutiblemente, como su complementario, el de peligrosidad; en el marco del megaprinzipio de jurisdiccionalidad, atento a las bases de las garantías procesales, está claro que el modelo penal de la seguridad ciudadana tiene interés en socavar subprincipios tales como el monopolio estatal del *ius puniendi*, otorgando un protagonismo creciente a las demandas de las víctimas, o el del proceder contradictorio, mediante el acentuamiento de la desigualdad entre las partes procesales; ni qué decir tiene que los principios de humanidad o proporcionalidad de las penas, o el aseguramiento de su componente resocializador, reciben embates que, por lo que se refiere al último de ellos, parecen apoyarse en cierta vacilación de las creencias sociales en su pertinencia.

Por no alargar más este argumento, baste recordar

racionalidad valorativa y la pragmática, Muñoz Conde (2004), op. cit., p. 175; Gómez Martín (2004), op. cit., ps. 84-85.

que principios bien arraigados en la racionalidad teleológica del derecho penal, como el principio de subsidiariedad, el diverso contenido de injusto entre conductas lesivas y peligrosas, o el de preservación de la formalización del procedimiento,²²⁰ entre otros, son objeto de directo cuestionamiento²²¹.

Por otro lado, las pretensiones de *confinar este modelo penal dentro de estrechos límites* de influencia resultan poco convincentes. Las apelaciones a la excepcionalidad temporal de su vigencia serán una mera coartada legitimatoria mientras no se aborden las causas que generan ese tipo de delincuencia, abordaje que debiera permitir mantener dentro de cotas razonables ese tipo de criminalidad. Las bienintencionadas demandas para que no se desborden ciertos ámbitos de intervención se ven contradichas palmariamente por la progresiva expansión de los comportamientos desviados sujetos al radio de acción de este modelo. Con ello se desvanece, igualmente, la ilusión de establecer diferentes graduaciones en la intervención penal, de crear compartimentos estancos, con lo que la alternativa transita de nuevo entre lo que debe estar dentro o fuera del derecho penal, lo que agudiza las contradicciones originadas por la tendencia a colocar las conductas dañosas de los poderosos en los márgenes de la intervención penal²²¹.

²²⁰ Destacan la significativa inobservancia de principios básicos del derecho penal moderno que ocasiona este modelo de derecho penal, entre otros, LAURENZO COPELLO (2003), op. cit., ps. 455-456; MAQUEDA ABREU (2003), op. cit. ps. 10-11; MUÑOZ CONDE, (2003); (2004), op. cit., ps. 175-177, 179-180; GONZÁLEZ CUSSAC (2003), op. cit., ps. 22, 25; PORTILLA CONTRERAS (2004), op. cit., p. 43; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2004).

²²¹ Recuerdan la imposibilidad de mantener al derecho penal

Finalmente, tampoco parecen tener una firme base las esperanzas puestas en que el renacimiento del concepto de peligrosidad habría de ser capaz de frenar el insostenible incremento de las penas, desviando los afanes punitivos al ámbito de las medidas de seguridad. La inteligente decisión de no insistir en la autonomía del derecho de medidas, prefiriéndose que sus postulados impregnaran el derecho de penas y otros ámbitos jurídicos no penales, el trascendente cambio del punto de referencia de la proporcionalidad de las medidas, ya no vinculada al pronóstico de peligrosidad y sus contenidos, sino a los criterios de distribución de costes, y el profundo descrédito de la finalidad resocializadora, permiten augurar que la potenciación de la peligrosidad y de las medidas es un vector más de la expansión del modelo penal de la seguridad ciudadana.

5. LA PROSECUCIÓN ACRÍTICA DE LA MODERNIZACIÓN

Confo haber dejado claro, en las páginas precedentes, que el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal. Este hecho, por muy reprochable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada. De ahí que los justificados esfuerzos por introducir el derecho penal en nuevos y novedosos sectores sociales necesitados de su intervención, han

de la seguridad ciudadana acantonado en ciertos ámbitos de intervención, CANCIO MELIÁ (2003), op. cit., p. 90; MAQUEDA ABREU (2003), op. cit., p. 11; PORTILLA CONTRERAS (2004) op. cit., ps. 43-44.

de desarrollarse teniendo en cuenta, y previniendo, esa instrumentación por parte del discurso securitario de una serie de valoraciones y decisiones politicocriminales propias del argumentario modernizador.

Entre las reflexiones genéricas politicocriminales que presentan flancos débiles a su manipulación securitaria, cabe mencionar las siguientes: la afirmación de que los sentimientos de inseguridad difundidos entre amplios sectores sociales se quedan cortos frente a la realidad, por más que ello se formule pensando en los nuevos riesgos tecnológicos o socioeconómicos²²². Reconocimiento de los grupos de presión sociales como la vanguardia del derecho penal progresista, pasando por alto que estos colectivos responden a orientaciones politicocriminales muy distintas, en ocasiones contrapuestas²²³. Referencias a la importancia de los nuevos contenidos de tutela y la relevancia de los intereses de las víctimas de esos delitos, formuladas en contraposición a la pretendida mayor atención prestada hasta ahora a los delincuentes²²⁴. Cierta banalización del temor a las prácticas arbitrarias de los poderes públicos, frente a la necesidad de que el derecho penal cumpla satisfactoriamente las nuevas funciones que se le demandan²²⁵. Valoraciones positivas

²²² Véase MARTÍNEZ-BOJÁN (2002), op. cit., ps. 410; CORCOY BIDASOLO (2004), op. cit., p. 32.; GÓMEZ MARTÍN, op. cit., ps. 60-61, 70-71, 77.

²²³ Véase referencias aun no suficientemente matizadas en MARTÍNEZ-BOJÁN (2002), op. cit., p. 405; TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., ps. 227-228.

²²⁴ Véase MARTÍNEZ-BOJÁN PÉREZ (2002), op. cit., p. 431; GÓMEZ MARTÍN (2004), op. cit., ps. 87-90.

²²⁵ Véase GÓRRIZ NÚÑEZ (2004), op. cit., p. 343.

en exceso generosas de las iniciativas politicocriminales de la izquierda, con el argumento, desmentido con frecuencia en la experiencia reciente, de que se diferencian sustancialmente de las emprendidas por la derecha²²⁶. Aceptaciones acriticas de propuestas de intervención penal que se reclaman como consecuencia del fenómeno de la mundialización, o que tienen su origen en propuestas internacionales o comunitarias, sobreentendiendo que poseen un correcto fundamento politicocriminal, el cual está lejos de concurrir en muchos casos²²⁷.

Especialmente, deberían matizarse afirmaciones que tienden a acreditar indiscriminadamente los incrementos de intervención penal como una consecuencia obligada del surgimiento de nuevos conflictos sociales a abordar, o que no se preocupan lo suficiente de delimitar con precisión aquellos ámbitos de intervención propios del derecho penal moderno²²⁸, con la indeseada consecuencia de otorgar legitimidad a nuevos ámbitos o niveles de intervención puramente securitarios. En ese sentido, la simplificada visión de que el conjunto de la nueva política criminal camina hacia la prevención de la delincuencia de los poderosos, perspectiva cuyo aprovechamiento para la fundamentación del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana ya hemos

²²⁶ Véase referencias susceptibles de desfiguración en MARTÍNEZ-BOJÁN PÉREZ (2002), op. cit., p. 406; TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., ps. 227-228.

²²⁷ Véase GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., p. 89-120.

²²⁸ Véase GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., ps. 57-60; GÓRRIZ NÚÑEZ (2004), op. cit., ps. 343-344; GÓMEZ MARTÍN (2004), op. cit., ps. 61-62, 87-89.

apreciado, no es raro verla asumida por defensores de la modernización²²⁹.

En un plano más técnico, debe advertirse frente a las tentaciones de racionar a las dificultades de configuración del nuevo derecho penal moderno enfatizando en exceso la prevención general positiva, o adoptando posturas demasiado comprensivas hacia los fenómenos simbólicos o la función promocional del derecho penal²³⁰. Por otro lado, siendo cierto que muchas de las críticas formuladas a las propuestas de modernización del derecho penal no afectan sus fundamentos politicocriminales, sino a la defectuosa técnica legislativa empleada²³¹, ello no ha de fomentar el conformismo sino que ha de impulsar avances en la depuración de los contenidos de tutela y de los niveles de intervención. Propuestas promotoras de una progresiva espiritualización de los bienes jurídicos, o resignadas ante la aparente inevitabilidad de las estructuras típicas de peligro²³², hacen un flaco favor, no

²²⁹ Véase de modo especialmente intenso en GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., ps. 163-164, 166-167, 181-185, 190-191, 195-196.

²³⁰ Véase, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO (2004), op. cit., p. 39.

²³¹ Véanse MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), op. cit., p. 428; POZUELO PÉREZ (2003), op. cit., ps. 119, 120, 132; TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., p. 229; CORCOY BIDASOLO (2004), op. cit., p. 40.

²³² Véanse MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), op. cit., ps. 415-416; GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., p. 168; POZUELO PÉREZ (2003), op. cit., ps. 118-119; TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., p. 229; CORCOY BIDASOLO (2004), op. cit., p. 38; GÓMEZ MARTÍN (2004), op. cit., ps. 77-78. Críticamente en términos generales ante esa actitud, DíEZ RIPOLLÉS "La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Teorías actuales en el derecho penal. 75º Aniversario del Código Penal*, Ad-Hoc, 1998, ps. 451-455; PAREDES CASTAÑÓN (1997), op. cit., ps. 220-221; LAURENZO COPELLO (2003), op. cit., ps. 452-453. Desarrolla

sólo a la consolidación del derecho penal moderno, sino también a la evitación de su infiltración por corrientes politicocriminales espurias.

Debiera, por lo demás, dedicarse mayor atención a la demostración de ciertas cualidades del derecho penal moderno, que tienden a formularse en ocasiones como meras creencias. Es el caso de la fe en la plena compatibilidad entre modernización y respeto incólume del vigente sistema de garantías penales y procesales²³³, lo que no concuerda bien con propuestas de reinterpretación de algunas de tales garantías o incluso del conjunto de ellas²³⁴. O de la firme convicción en la eficacia de las intervenciones penales modernizadoras, cualidad atribuida al derecho penal moderno sin mayores esfuerzos de prueba²³⁵. No resulta difícil imaginar los buenos servicios que tales juicios apodícticos prestan a un modelo securitario que busca introducirse de matute dentro de esa corriente modernizadora.

Es cierto que un sector cada vez más numeroso de los

una propuesta detenida, claramente dirigida a la configuración de tipos de lesión de bienes jurídicos colectivos, SOTO NAVARRO (2003), op. cit., ps. 176-186, 193 y ss.

²³³ Véanse GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., ps. 155-157, 190, 196, 208; POZUELO PÉREZ (2003), op. cit., ps. 121-122; GÓRRIZ NÚÑEZ (2004), op. cit., ps. 340, 345-346; TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., p. 2004.

²³⁴ Véanse GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., ps. 113 n. 191, 182-184, 199-213, y afirmaciones cuyas recogidas *infra*; POZUELO PÉREZ (2003), op. cit., ps. 115-118. Advierte también frente a esa tendencia de ciertos sectores modernizadores, LAURENZO COPELLO (2003), op. cit., p. 447.

²³⁵ Véase CORCOY BIDASOLO (2004), op. cit., ps. 28, 39-40; GÓRRIZ NÚÑEZ (2004), op. cit., ps. 340, 345-346, entre otros.

partidarios de la modernización ha devenido consciente de la manipulación de que era objeto su discurso, y ha marcado con acierto distancias frente a tal proceder²³⁶, pero queda aún pendiente una enérgica reacción que prevenga, de una vez por todas, el entrecruzamiento de dos corrientes politicocriminales que realmente son contrapuestas. En especial, deben corregirse posturas doctrinales que, en su afán por justificar la modernización, han acabado sirviéndose de novedades o argumentos politicocriminales extraños a ella, entre los cuales se encuentran algunos de naturaleza securitaria²³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

²³⁶ Un buen ejemplo es TERRADILLOS BASOCO (2004), op. cit., ps. 222-224, 226, 239-240, quien resalta cómo las demandas de seguridad, la consecuente expansión del derecho penal y el socavamiento de las garantías penales o procesales no están teniendo lugar en el ámbito socioeconómico o de la delincuencia de cuello blanco, sino en los ámbitos delincuenciales propios del discurso securitario. Véase también Corcoy Bidasolo (2004), op. cit., ps. 30-31.

²³⁷ Véase la inclusión por GRACIA MARTÍN (2003), op. cit., ps. 60, 113-114, n. 191, 120-125, 181-185, 199-213, del derecho penal del enemigo entre los sectores de intervención pertenecientes al derecho penal moderno: o el énfasis puesto en el cuestionamiento de ciertas garantías, tratadas peyorativamente como formales, y finalmente de todo el derecho penal garantista actual, entendido como una estrategia encubridora de la función socialmente discriminante del derecho penal liberal, y que deberá ser sustituido por otro sistema de garantías, no explicitado por el autor, propio del Estado de Derecho social. Un replanteamiento lleva a cabo recientemente en *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Tirant, 2005.