



EL DISCURSO POPULISTA
EN LA INTERVENCIÓN PUNITIVA:
UN ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL

Tesis Doctoral que presenta
el Doctorando HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES
para la obtención del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla,
bajo la dirección del
Prof. Dr. Dr. *h.c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE

Universidad de Sevilla
Curso 2016/2017

“El espectáculo se ha convertido en el valor de nuestra época. Ya no hay valores, nadie sabe qué cosa es buena, qué cosa es mala, qué cosa es bella, qué cosa es fea. Vivimos en una de las épocas más confusas de la historia”.

Mario Vargas Llosa

“Por que foi que cegámos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegámos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem”.

José Saramago

A dos de los mayores maestros del Derecho penal que
he tenido el honor de conocer y convivir:
mi abuelo, Ibrahim Abi-Ackel;
y mi director de tesis, Miguel Polaino Navarrete.

Agradecimientos

A mis queridos compañeros del Doctorado en la Universidad de Sevilla,
Por todo el apoyo y ayuda al largo de los años,
Especialmente mis estimados amigos
Miguel Polaino-Orts y Edgar Iván Colina Ramírez.

Abreviaturas

ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AP	<i>Actualidad penal</i>
Brit.J.C.	<i>British Journal of Criminology</i>
Cc	<i>Código civil</i>
CCB	<i>Código civil brasileño</i>
CE	<i>Constitución española</i>
CP	<i>Código penal</i>
CPB	<i>Código penal brasileño</i>
comp.	<i>Compilador</i>
CRB	<i>Constitución de la República brasileña</i>
ed.	<i>Editor / edición</i>
esp.	<i>Especialmente</i>
op. cit.	<i>Obra citada</i>
p.	<i>página</i>
p.ej.	<i>Por ejemplo</i>
PyE	<i>Pena y Estado (Revista)</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Penal</i>
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
RP	<i>Revista Penal</i>
STF	<i>Supremo Tribunal Federal (Brasil)</i>
STJ	<i>Superior Tribunal de Justiça (Brasil)</i>

ÍNDICE

SECCIÓN I

CONTEXTO POLÍTICO-CRIMINAL

CAPÍTULO I

ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POLÍTICA CRIMINAL

- I.- Breves apuntes sobre conceptos científicos y metodológicos
- II.- Acuñación del concepto
- III.- Orígenes remotos de la Política criminal
- IV.- Política criminal en el Antiguo Régimen
- V.- Política criminal en la Edad Moderna

CAPÍTULO II

POLÍTICA CRIMINAL: SIGNIFICADO Y CONFIGURACIÓN CIENTÍFICA

- I.- Bases metodológicas de la Política criminal
- II.- Funciones de la Política criminal
- III.- Instrumentos político-criminales
- IV.- Procesos y actores en la construcción de la Política criminal

CAPÍTULO III

POLÍTICA CRIMINAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE POLÍTICA CRIMINAL

- I.- Política criminal en el Estado Social y Democrático de Derecho

- A) Política criminal en el Estado Liberal
- B) Política criminal en el Estado social
- II.- Excurso: Negación: la Política Criminal en el Estado totalitario
- III.- Legalidad y proporcionalidad como base de la Política Criminal
 - A) Consideraciones generales
 - B) Planteamiento Constitucional del principio de proporcionalidad en España y en Brasil
- IV.- Otros principios constitucionales de Política criminal
 - A) Principio de igualdad ante la ley
 - B) Principio de humanidad o de respeto a la dignidad humanidad
 - C) Principio del acto
 - D) Principio de prevención
 - E) Principio de resocialización

SECCIÓN II

CUESTIÓN CENTRAL:

POPULISMO Y SISTEMA PENAL

CAPÍTULO IV

ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y SIGNIFICADO

DEL TÉRMINO POPULISMO

- I.- Orígenes, significado y acepciones del término “populismo”
 - A) El populismo como concepto peyorativo
 - B) El populismo como concepto positivo
- II.- Evolución histórica del concepto de populismo
 - A) Significado en la Roma antigua
 - B) Perfiles del populismo en la Edad Media
 - C) Populismo en el Antiguo Régimen

- D) Populismo en la Edad Moderna

CAPÍTULO V

CONCRECIÓN DE MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES:

DEL ABOLICIONISMO A LA POPULIZACIÓN

- I.- Abolición y deslegitimación del Derecho Penal
 - A) Escuela de Frankfurt
 - B) Garantismo penal
- II.- Derecho Penal mínimo
- III.- Postura de contención del Derecho Penal
- IV.- Expansión jurídico-penal
- V.- Modelos político-criminales
 - A) Modelo garantista
 - B) Modelo expansionista y neocriminalizador
 - C) Modelo de defensa social y el populismo punitivo
- D) Derecho penal del enemigo

CAPÍTULO VI

RECRUDECIMIENTO ACTUAL DE LA

POLÍTICA CRIMINAL POPULISTA

- I.- Desarrollo del populismo a partir del Siglo XX:
el recrudecimiento de la Política Criminal populista
- II.- Países anglosajones (Ley y orden, tolerancia cero y *three strikes and you are out*)
- III.- Países continentales europeos
- IV.- América Latina

CAPÍTULO VII

VICTIMIZACIÓN Y POPULISMO PUNITIVO

- I.- La crisis de los modelos tradicionales
- II.- El sentimiento colectivo de inseguridad y el alarmismo social
- III.- Las víctimas y su protagonismo en la agenda político-criminal y en el sistema penal
- IV.- La repercusión de la victimidad en la sociedad
 - A) Las víctimas como grupos de presión
 - B) Reflejos en la política criminal: el populismo punitivo

CAPÍTULO VIII

EL DISCURSO POPULISTA Y EL PUNITIVISMO:

CONSECUENCIAS LEGISLATIVAS DE LA POSTMODERNIDAD

- I.- Definiciones y comprensión del concepto desde el punto de vista político
- II.- Los medios de comunicación y su papel en la agenda política: Politización y participación en la conducción de las políticas públicas
- III.- El empobrecimiento del debate político-criminal, sus causas y efectos
- IV.- La seguridad ciudadana y sus efectos en el control social
- V.- Implementación de una nueva cultura político-criminal: el Derecho penal simbólico

CONCLUSIONES:

HACIA UNA ESTRATEGIA DE NEUTRALIZACIÓN

DEL DISCURSO POPULISTA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Vivimos en una época donde los medios de comunicación y las redes sociales han tornado las informaciones más rápidas y eficientes. Pero hay una verdadera alarma colectiva, casi una histeria, relacionado a un posible crecimiento de la violencia, ejerciendo gran presión sobre los poderes públicos.

Hoy es popular políticamente promover iniciativas de endurecimiento punitivo y son muchos los ejemplos a respecto. Siempre que hay un determinado delito que causa consternación a la sociedad, son diversos los movimientos dirigidos a un endurecimiento concreto. Hay una verdadera instrumentalización del fenómeno criminal a través de la comunicación despreocupada con las consecuencias políticas de los dramas cotidianos, acabando por introducir una nueva cultura político-criminal especialmente en el ámbito legislativo.

Es verdad que la historia de la humanidad está llena de momentos de violencia, y el combate a la delincuencia es tarea del Estado, que monopoliza la intervención punitiva. Está claro que, desde las sociedades primitivas, el mecanismo básico de mantener el orden público siempre fue la amenaza de retaliación, pero hay que haber mecanismos de disuasión y prevención de la criminalidad.

Tales políticas públicas deben ser pensadas de manera técnica y el debate no puede prescindir de la participación de expertos. No se puede promover determinadas iniciativas –además las que sean cargadas de simbolismo, cambiando las funciones primarias y secundarias del Derecho penal - con vistas a dar una respuesta rápida al agobio de la opinión pública, muchas veces influenciada por vehículos de comunicación alarmistas y sensacionalistas.

Ese fenómeno es exactamente lo que se puede llamar de *“populismo punitivo”*: creerse que el simple incremento de penas, legislando de manera simbólica, y endurecer el tratamiento del delincuente, es la forma apropiada de enfrentar problemas sociales de extrema complejidad y cuyos ánimos envueltos están claramente exaltados.

Hay que decir que las iniciativas que se oponen a las políticas públicas de endurecimiento punitivo nada tienen que ver con cualquier insensibilidad frente a las víctimas de la delincuencia y a los legítimos reclames de la opinión pública, pero hay que tener cuidado y conducir la cuestión de forma técnica y fundamentada.

El discurso populista en la intervención punitiva busca exactamente sosegar los efectos de la inseguridad ciudadana y de la poca confianza de la sociedad en la efectividad del aparato estatal, expandiendo el derecho penal y, legislando con prisa, acomoda interpretaciones arbitrarias y restrictivas de derechos y garantías, en una clara subversión de la proporcionalidad necesaria entre efectividad y el contenido de Derechos fundamentales propia del Estado de Derecho.

El impacto mediático del fenómeno delictivo es aprovechado por algunos entes políticos para aparentar que se da una respuesta a justas reclamaciones de la sociedad. El problema es que hay una distorsión en la forma como las informaciones y reclames son diseminados por las redes sociales y las modernas técnicas de comunicación de masas, y esa distorsión es aprovechada por algunos entes políticos, más interesados en los votos de una masa alarmada que en solucionar los verdaderos problemas sociales.

En ese contexto, hace falta profundizar la comprensión del fenómeno de la delincuencia para así aplicar adecuadamente políticas públicas. El Estado hay

que tener el distanciamiento suficiente del problema para efectuar un análisis completo de la eventual efectividad de las medidas de Política criminal, sin intentar obtener ventajas político-electorales, o sea, debe alejarse del discurso populista y de la instrumentalización de los hechos criminales, hacia una orientación técnica de las políticas públicas.

Especialmente llamativo es el ambiente en torno del cual se desarrolla el fenómeno populista: la tendencia reivindicativa que se hizo de las víctimas, el sentimiento común de solidaridad social construido en torno del repudio a la delincuencia –especialmente en hechos violentos-, el temor de convertirse también en víctima y el sentimiento social de fragilidad generalizada, todo eso ampliado en el anfiteatro mediático, excluyendo así los expertos del debate, lo que acaba ayudando algunos entes políticos a alejarse del debate técnico, buscando una manera rápida de satisfacer expectativas de la opinión pública.

Todo ello pone de manifiesto, por un lado, la actualidad y la relevancia social y político-criminal de esta materia en el mundo contemporáneo. Y, por otro, la necesidad de afrontar detenidamente el estudio del fenómeno populista, sus causas y consecuencias. La complejidad del fenómeno delictivo importa un estudio profundo para la concreción de la Política criminal del Estado, por tanto, es importante analizar todo el contexto en que se basa la Política criminal actual, delante el discurso populista.

Por lo expuesto anteriormente, hemos entendido por la necesidad de emprender un esfuerzo y realizar un estudio de la problemática planteada, respecto el fenómeno del discurso populista, sus causas y consecuencias para la Política criminal del Estado y para la intervención punitiva, sin dejar de lado la dogmática penal, ya que todo ese contexto político tiene consecuencias en la legislación penal propiamente dicha.

Es necesario investigar las causas y fundamentos del discurso populista en la intervención punitiva, y también sus consecuencias prácticas en el sistema penal. Para tanto, emprendemos en primer lugar un análisis del contexto político-criminal, para comprender los matices de esa disciplina, sus fundamentos, metodología e histórico. Sería imposible discutir el fenómeno populista en ese contexto sin comprender lo que es la Política criminal como disciplina empírica.

Así, en la primera sección del trabajo, tratamos de ese contexto, los orígenes y evolución histórica de la Política criminal (capítulo I), su significado y configuración científica (capítulo II) y los principios constitucionales de la Política criminal, en el Estado social y democrático de Derecho (capítulo III), ya que la análisis de la incorporación del discurso populista debe ser contemplada bajo los criterios técnicos y el contexto en que se construye las Políticas públicas del Estado.

En seguida, en la segunda sección del trabajo, entramos en la cuestión central: el populismo y el sistema penal. Para tanto, empezamos emprendiendo una investigación respecto los orígenes, la evolución y el significado del término “populismo” (capítulo IV), eso se halla necesario para comprender su influencia en el discurso político-criminal.

Entendemos que el Derecho penal y la Política criminal deben ser analizados de acuerdo al espíritu de su época. Sabemos que en la postmodernidad el tema de la violencia ha dejado profundas marcas en la opinión pública, por eso entendemos por la necesidad de, en seguida, investigar diversas posturas político-criminales, así como su concreción en modelos no estanques y que buscan trazar líneas generales de las Políticas criminales de los Estados democráticos (capítulo V).

En seguida, tratamos específicamente del recrudecimiento de la Política criminal a partir del siglo XX, en tres contextos distintos: los países anglosajones, la Europa continental y América Latina, haciendo un comparativo de como las concreciones de modelos punitivos especialmente posteriores al Estado del bienestar social se han plasmado en estas sociedades, incluso trazando los rasgos populistas que emprendieron ese recrudecimiento punitivo (capítulo VI).

Uno de los fundamentos de las democracias modernas es la libertad de que disponen los ciudadanos para manifestar sus opiniones. Además, es vital para la salud de la democracia la existencia de derechos de expresión e información. A través de diversos canales, la opinión pública se hace oír por el Estado, que debe garantizar el atendimiento de las expectativas del ciudadano. Por eso entendemos necesario un estudio específico respecto el atendimiento de las víctimas, su protagonismo y el desarrollo del fenómeno de victimización en la sociedad (capítulo VII).

En ese sentido, el Derecho penal en los Estados democráticos debe fijar las fronteras legales para el ejercicio de la violencia legítima, definiendo los límites entre las conductas sociales permitidas y las susceptibles a sanción. La gran difusión informativa, y el protagonismo de las víctimas organizadas en grupos de presión es absolutamente legítimo, ya que poseen sentimientos emocionales distintos ante los fenómenos de victimización, pero hay que comprender ese protagonismo sin instrumentalizar el sentimiento colectivo de inseguridad, lo que nos parece un rasgo esencial del populismo punitivo.

La conducción del debate político-criminal que basa la aplicación del Derecho penal y de la pena, es esencial para buscar cambios necesarios y encampar la tutela de fenómenos complejos que acometen nuestra sociedad. Pero el contexto inmediateista propio de la era de información es transformado y absorbido de manera ni siempre técnica, no necesariamente optimizando el

Sistema penal. Así, en el capítulo VIII, engendramos una investigación respecto el punitivismo propio de la era postmoderna: el papel de los medios de comunicación, el empobrecimiento del debate, la seguridad ciudadana y, por fin, la verdadera concreción de la Política criminal populista: la implementación del Derecho penal únicamente simbólico.

Por fin, nuestra idea final es buscar una estrategia de neutralización del discurso populista en la intervención punitiva, o al menos intentar neutralizar algunos de sus efectos. La idea es rescatar una Política criminal de bases empíricas, racionales, ponderadas, obedeciendo las bases mismas del Estado de Derecho, con proporcionalidad entre pena e los hechos cometidos.

La Política criminal contemporánea es un proceso extremadamente complejo, con muchos actores protagonistas y la influencia de distintos entes sociales. En un ambiente donde hay una sensación de inseguridad, los temas acaban siendo discutidos de manera mucho más rápida que deberían. Hay una intensa producción de normas penales únicamente de carácter simbólico, con objetivo de satisfacer ánimos exaltados y creando una falsa sensación de seguridad.

Hay que buscarse una optimización del sistema penal, alejada del discurso populista. Quizá la ponderación de valores constitucionales, principios, un rescate de los expertos, o la simples comprensión de la necesidad de confrontar diferentes modelos fundamentados, puede ser la respuesta para ese endurecimiento punitivo exagerado y populista.

SECCIÓN I
CONTEXTO POLÍTICO-CRIMINAL

CAPÍTULO I
ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA
DE LA POLÍTICA CRIMINAL

I.- Breves apuntes sobre conceptos científicos y metodológicos

Cuando hablamos de conceptos puede parecer confuso si nos referimos a la disciplina jurídica propia o incluso la ciencia o método científico de estudio de esta disciplina. Así, el Derecho positivo (o el ordenamiento positivo objeto de conocimiento) es la base sobre la que se apoya la Dogmática penal (conocimiento sistemático del objeto), la Ciencia del Derecho penal (proceder científico al objeto de conocimiento) y la Política criminal (utilidad del objeto de conocimiento)¹.

Así hay que separar las partes, o no podríamos hablar de una ciencia del Derecho penal, o tampoco de la Política criminal. El Ordenamiento punitivo - Derecho penal en sentido estricto- está integrado por el conjunto de normas jurídicas, eso es, el Derecho puesto por el Estado, y son por así decir las normas vigentes, que integran el objeto de interpretación y conocimiento primario del Derecho penal² y, así, hay que averiguar el sentido de la norma (o de la Dogmática jurídico-penal)³.

¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 29.

² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 39.

³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 30.

Así, POLAINO NAVARRETE⁴, citando a VON KIRCHMANN, nos enseña que el positivismo tradicional es limitado en lo que se refiere al avance, al progreso científico (entendido como dinamismo), ya que la Ley positiva es prácticamente inmovilizada y, por tanto, nada tiene de caracteres científicos⁵.

Según GIMBERNAT ORDEIG, la dogmática del Derecho penal es “la actividad que tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicopenales”⁶. O sea, la Dogmática penal nada más es que la actividad encaminada al conocimiento sistemático del Derecho positivo, a la construcción de una estructura orgánica de datos, criterios y principios⁷.

La gran cuestión que se pone desde tiempos inmemoriales es si el Derecho penal es o no una ciencia. Desde el Derecho romano, la Jurisprudencia era considerada Ciencia, pero el jurista alemán Julius Hermann VON KIRCHMANN, en una famosa conferencia postuló con vehemencia crítica la “ausencia de valor de la Jurisprudencia como Ciencia”⁸.

En esa cuestión conceptual respecto la “cientificidad” del Derecho penal, nos encontramos integralmente de acuerdo con POLAINO NAVARRETE, cuando, al comentar el aspecto científico del Derecho penal, así dice: “El Derecho penal no es en sentido estricto propiamente una Ciencia, sino un objeto de conocimiento. Un objeto de conocimiento científico (es decir, un conjunto de normas) -como tal, *per se*- no puede ser una Ciencia. Si es una Ciencia (la Ciencia penal), en cambio, el método que estudia ese objeto de conocimiento (Derecho penal).

⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 30.

⁵ VON KIRCHMANN, J. H., *La jurisprudencia no es Ciencia*, traducción de Antonio TRUYOL Y SERRA, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 51.

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, op. cit., p. 13.

⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 31.

⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 32.

Sucede que la Ciencia que se ocupa del análisis del Derecho penal no tiene un nombre específicamente determinado (...). Genéricamente se llama ‘Ciencia del Derecho penal’. Ello contribuye acaso a fomentar la confusión en torno de la ‘cientificidad’ del objeto del conocimiento o, por el contrario, del conocimiento del objeto; o sea, resumiendo: la Ciencia es el método que estudia el Derecho penal: no el Derecho penal mismo (que es su objeto de conocimiento).

Ahora bien, respecto nuestra materia específica, la Política criminal, tratase de la propia “utilidad del objeto del conocimiento”, o un aspecto mismo de la Ciencia del Derecho penal⁹. El término fue acuñado (como veremos en el próximo apartado) por los juristas alemanes KLEINSCHROD y FEUERBACH, concebido como “arte de legislar”, y obtuvo *status* de disciplina científica con FRANZ VON LISZT. Debemos acordarnos que el propio VON KIRCHMANN, al tratar de la ley positiva, la somete a la “sabiduría del legislador”¹⁰, reconociendo así la autonomía de la Política criminal como “arte de legislar”.

Hay todavía una cuestión problemática, que es la delimitación entre Política criminal y Derecho penal, o la autonomía científica de ambas disciplinas. La postura tradicional defiende la delimitación entre ellas, aunque existan voces disonantes¹¹. A nosotros nos parece ponderada la orientación de ANTÓN ONECA, citado por POLAINO NAVARRETE, que “Dogmática jurídico-penal y Política criminal se superponen y complementan, siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la Ciencia del Derecho penal”¹². Así, nos parece

⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, op. cit., pp. 32-33: “(...) al igual que el Estado, conforme a las necesidades o exigencias sociales, construye hospitales (política sanitaria) o carreteras (política de fomento), elabora normas jurídicas conforme a las necesidades sociales y a criterios y parámetros concretos (política legislativa), y, dentro de ellas, configura las leyes penales que incriminan determinadas acciones humanas a las que reputa delictivas y conmina con una determinada sanción jurídica: pena o medida de seguridad penal (Política criminal)”.

¹⁰ VON KIRCHMANN, J. H., *La jurisprudencia no es Ciencia*, op. cit., p. 51

¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 33.

¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 34.

inequívoco el carácter de ciencia de la Política criminal, aunque existan excelentes autores que la niegan.

II.- Acuñación del concepto

La palabra *política* está relacionada con el ejercicio del poder en las *polis* griegas, en la medida en que la ciudad tiene “*conciencia*” de sus fines y la mejor manera de conseguirlos. Esa fue la primera forma de pensamiento político técnico, y también es importante tener en cuenta que el problema político para ARISTÓTELES se define como una forma de problema humano^{13/14}.

ARISTÓTELES ya había fundado las raíces del pensamiento político, incluso antes de su obra intitulada *Política*, pues en la obra anterior, *Ética a Nicómaco*, ya empezara y terminara con referencias a la política¹⁵, pero en *Política* es que desarrolla él los estudios respecto la naturaleza del Estado y de las formas de gobierno.

Desde ARISTÓTELES, siempre hubo mucha preocupación con las estructuras de la sociedad, y a lo largo de la historia muchos pensadores intentaron sistematizar las cuestiones de legitimación y justificación del Estado y de gobierno. Está claro que la política contiene un concepto de gobierno de un estado o nación, debiendo compatibilizar intereses de diversos actores del

¹³ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005, p. 15: “Tal y como indica Bobbio en su *Dizionario di Poitica* (1992: 800), desde un punto de vista etimológico, la ‘política’ traduce una derivación del adjetivo de ‘polis’ (politikós), significante de todo lo referido a la ciudad. En ese sentido, el propio *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española*, la define como ‘arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados. Actividad de los que rigen o aspiran a regir los asuntos públicos’”.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Política*, traducción de Julián MARÍAS y, María ARAUJO, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pp. XVI y XXII.

¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción de Julián MARÍAS y, María ARAUJO, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. XVII.

entorno social, a través de una gestión de asuntos públicos¹⁶. Como tal, el fenómeno político es de gran complejidad, y se manifiesta a través del ejercicio del gobierno.

Cabe destacar aquí, en relación a la evolución histórica respecto el concepto de política, la concepción de Thomas HOBBS que trata del tránsito del estado apolítico al político, cuando las personas renuncian al uso individual de la propia fuerza para ponerla en manos de un único cuerpo autorizado para uso de esa fuerza¹⁷.

El ejercicio del gobierno implica el uso institucional del poder¹⁸, y permite reflejar las ideas que se tienen sobre el “*deber ser*” y sus posibilidades, según KELSEN. Así, como *ciencia*, la política constituye uno de los conocimientos morales que indican finalidades objetivas a la conducta humana, tratando de una legalidad normativa. Pero también se puede considerar la política una *técnica*, desde el punto de vista de la realización de las finalidades objetivas presupuestas, buscando formas adecuadas para reaccionar, o sea, un concepto de legalidad causal¹⁹.

¹⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 19.

¹⁷ HOBBS, Tomas, *Leviatán*, traducción de Antonio ESCOHOTADO, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 263-311.

¹⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 16.

¹⁹ KELSEN entiende la Política como ciencia, o como un sistema de conocimientos expresados en juicios, diferenciando de la Teoría general del Estado: KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis LEGAZ LACAMBRA, Editorial Labor, Barcelona, 1934, p. 35: “La Política como ciencia, es decir, como un sistema de conocimientos expresados en juicios tiene que ser una disciplina específica distinta de la Teoría general del Estado. Si la Teoría general del Estado se pregunta qué es, y cómo es el Estado, y cuáles son sus formas fundamentales y sus contenidos capitales, la Política se pregunta si ‘debe ser’ el Estado y cuál es la mejor de sus posibilidades. Planteado así el problema, la Política aparece como una parte constitutiva de la Ética, como uno de los conocimientos morales que señalan finalidades objetivas a la conducta humana, es decir, que estatuyen como debidos ciertos contenidos. Pero si se considera la Política desde el punto de vista de la realización de las finalidades objetivas señaladas en otro lugar y, por tanto, supuestas de antemano, y lo que se busca son los medios adecuados, es decir, establecer aquellos contenidos que la experiencia demuestra que actúan como causas de aquellos efectos que corresponden materialmente a las finalidades previamente supuestas, entonces la Política no es Ética, no se dirige a la legalidad normativa, sino ‘Técnica’ si se quiere llamarla así: Técnica social referida en cuanto tal a la legalidad causal de la conexión de fines y medios. Hay que distinguir claramente el problema normativo: ¿es debido,

Dentro de esas concepciones, es importante definir la noción de poder penal, ya que aquí trataremos del ejercicio de la Política criminal. Según BINDER: “El poder penal se puede definir como la fuerza de que dispone el Estado para imponer sus decisiones al ciudadano en materias que afectan derechos fundamentales como la vida, la libertad, la integridad física, la salud pública o relaciones como la propiedad, la confianza pública y la seguridad común. Decisiones que se fundan tanto en un sentido protector de bienes jurídicos como en el sentido sancionatorio, que también afecta bienes del responsable”²⁰.

El ejercicio del poder penal es el instrumento más poderoso de control social del Estado²¹. Por eso debe tener una relación íntima con la Ciencia penal, limitándose y condicionándose a través del control científico, pues si manifiesta de manera drástica en los derechos fundamentales. El problema es que por mucho tiempo el poder penal estuvo alejado la Ciencia penal, habiendo un primero acercamiento a partir de la preocupación por la función y fundamento de la pena, después pasando por un concepto de “*Sistema penal*”, llegando a una integración funcional, obligando que hubiera una “*necesaria coherencia político-criminal entre los subsistemas que forman el Sistema penal*”²².

Así, se constituye la Política criminal una de las parcelas de la Política del Estado, designando desde la estructura estatal la forma de conducción de Políticas públicas concernientes al fenómeno criminal. O sea: la Política criminal

y por qué, un determinado contenido? Del problema teleológico: ¿cuáles son las causas (medios) que determinan una situación de hecho (fin) previamente quería, coincidente con el contenido debido? Así, pues, por grandes que sean las relaciones entre Ética y Técnica, difieren radicalmente desde el punto de vista metódico”.

²⁰ BINDER, Alberto M., *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 25.

²¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., pp. 18-19: “(...) Lo que caracteriza el uso de la fuerza –para poder hablar de poder político- es la exclusividad de ese uso respecto de todas las personas y grupos sociales, a través del proceso de monopolización de dicho uso, del ejercicio de la coacción física. Este proceso de monopolización se expresa con el ‘proceso de criminalización y penalización’ de todos los actos de violencia que sean cometidos por personas no autorizadas, extraños de los detentores o beneficiarios del aludido monopolio”.

²² BINDER, Alberto M., *Política criminal*, op. cit., p. 27, y pp. 25-26.

es un sector, un ámbito de decisiones, criterios y argumentaciones en el plano teórico y práctico²³, y que debe nortear el ejercicio del poder penal.

Es importante el esfuerzo para delimitar el marco de la Política criminal que, como una parcela de la Política del Estado, es a la vez una forma de organizar la vida social y también una acción, una estrategia para lograr algún objetivo. Delimitar su marco es, pues, identificar las corrientes ideológicas que pueden influenciarla. Hay siempre líneas que proporcionen la clave para comprender su estrategia dentro del Estado, pero está claro que la Política criminal tiene un objetivo permanente de afianzar la seguridad necesaria para la buena convivencia social, dependiendo de las necesidades del grupo social y de la propia estructura ideológica del Estado²⁴.

Respecto las corrientes ideológicas que pueden influenciar la Política criminal, es importante señalar que, dentro de la gestión de la Política criminal, las notas ideológicas siempre estarán presentes, tratando de manera diversa el origen de la delincuencia y la responsabilidad por los hechos, lo que forma diferentes políticas públicas (de acuerdo con la ideología presente) para hacer frente a la delincuencia y además regula el comportamiento de los organismos de justicia penal²⁵.

²³ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., pp. 19-20: “Una de las formas de exteriorización de la política es la denominada Política criminal. Desde este entendimiento, la Política criminal designa al planteamiento que, desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal. La seguridad ciudadana, los derechos de los sospechosos, procesados o condenados, el sistema de justicia o de la delincuencia juvenil, entre muchos otros, son algunos ámbitos de la vida social que necesitan una respuesta por parte de los poderes públicos. La presentación de estas problemáticas, la argumentación utilizada en las propuestas de solución, la base ideológica que explica las respuestas que se aportan, constituyen un marco de decisión que se halla dentro de lo político. Y así, desde el punto de vista político, la Política criminal ha sido entendida como un sector de la política que está relacionado con la forma de tratar la delincuencia. Es decir, se trata de un ámbito de decisiones, de criterios, de argumentaciones que se postulan en el plano teórico o práctico para dar respuesta al fenómeno de la criminalidad”.

²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 26-27.

²⁵ SMITH JR., Dwight C. *Ideology and the Ethics of Economic Crime Control*, in ELLISTON, Frederick, BOWIE, Norman, *Ethics, Public Policy, and Criminal Justice*, Oelgeschlager, Gunn, & Hain, Publishers, Inc., Cambridge, Massachusetts, 1982, p. 136: “More

Independiente de cuestiones ideológicas, es cierto que la vida en sociedad implica en la adopción de normas comunes al conjunto social sometido a las normas, lo que consecuentemente suscitará el rechazo a esas normas por algunos miembros de ese conjunto social. Según DURKHEIM, el crimen se observa en *todos* los tipos de sociedad, sin excepciones y, aunque ofenda sentimientos colectivos muy claros, es un fenómeno social normal, útil y necesario para la propia evolución social²⁶. Eso no significa que no haya que detestarle ni combatirlo²⁷.

La Política criminal es uno de los mecanismos que se encargan del combate al crimen, pues las decisiones ocurridas en su ámbito acaban reflejadas en la ley penal. KLEINSCHROD, que fue el primero autor a tratar el concepto “*Política criminal*” como ciencia distinta del Derecho penal. La define como “conocimiento de aquellos medios que el legislador puede y debe hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos. Los dos –Derecho criminal y Política criminal– se pueden relacionar en un sistema, si se pregunta sobre un punto en particular: ¿Cómo puede ser esto, o cómo debe ser? ¿Cómo es según la legislación positiva?”²⁸.

FEUERBACH concibió la Política criminal como “sabiduría legislativa del Estado”²⁹ y la incluía entre los “conocimientos auxiliares (*Hilfkenntnisse*) del Derecho criminal”, y que a través de ella (*Kriminal-Politik*), se debería localizar

recently, Miller recalled Myrdal’s observation, arguing for wider recognition of an ideological scale undergirding beliefs about the sources of crime (and responsibility for it), policies for dealing with offenders, and policies governing the behaviour of criminal justice agencies (Miller, 1973)”.

²⁶ DURKHEIM, Émile, *Las reglas del Método Sociológico*, edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 191-195.

²⁷ DURKHEIM, Émile, *Las reglas del Método Sociológico*, op. cit., p. 197.

²⁸ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASUA, 3ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, pp. 52-53.

²⁹ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, traducción de Miguel IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Jaén, 1979, p. 2

la cuestión: “¿qué penas han de determinarse y cómo ha de ordenarse su ejecución para responder no simplemente al fin de todas las penas, sino también, al mismo tiempo, y en cuanto sea posible, a las exigencias de los otros fines humanos y políticos?”³⁰.

A finales del Siglo XIX, Franz VON LISZT, considerado el padre de la moderna Política criminal, la definió como un conjunto de métodos racionales en sentido social global, de combatir la delincuencia, que en su terminología significa la tarea social de la Ley Penal. De todos modos, la Política criminal es en expresiones lisztianas “*la idea de orden en el Derecho penal*”, aunque el Derecho penal sea concebido fundamentalmente como el conjunto de principios que garantizan una esfera de libertad del ciudadano frente a la potestad sancionadora de los poderes públicos.

Así VON LISZT formuló dos conceptos que forman parte de cualquier comprensión acerca de la materia: que *el Derecho penal es la Carta Magna del delincuente*, como reconocimiento de que una serie de principios observados en la elaboración de las Leyes constituían derechos del ciudadano delincuente; y que *El Derecho penal constituye una barrera infranqueable de toda Política criminal*, expresando los límites al Estado para establecer su estrategia en la lucha contra el delito³¹.

Por lo tanto, la Política criminal se convirtió en una disciplina independiente que, a diferencia de la Criminología y Sociología criminal, implica una investigación sobre todo legal, pero no se limita a la Ley penal, su estudio abarca otras formas de control social, lo que a otras palabras significa que la Política criminal es una forma de responder a la delincuencia, con el fin de sancionar adecuadamente a quien viola la ley, pero se distingue de la dogmática,

³⁰ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., p. 54.

³¹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., p. 29.

extendiéndose más allá de la dogmática y de la Criminología³². En VON LISZT ya encontramos la noción de una “*nueva Política criminal*”, concebida como el “*contenido sistemático de principios –garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena-, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución*”³³.

Según ZIPF, la ciencia de la Política criminal es parte de una teoría de la legislación, donde si plantea el problema de “*hacer visible la totalidad del Derecho penal –como parte del extenso control social –en cuanto unidad funcional*”. Es decir: la Política criminal debe ser orientada por determinadas líneas argumentativas, debiendo haber racionalidad, practicidad y efectividad en la persecución penal, conforme la ética y viabilidad, siendo inocuo establecer medidas difíciles de implementar. La eficacia se materializa en la búsqueda y el logro de resultados de maneras simples y objetivas³⁴.

Está claro que la dogmática y la criminología se integran con la ciencia de la Política criminal, y dada la necesidad de cumplir sus directrices políticas, deben ser considerados organismos que la realizan. La criminología y la dogmática penal tienen función independiente, pero son interdependientes e inseparables, y la Política criminal no puede prescindir de ellos para su implementación. La manera como son integrados a la Política criminal, es que dibuja la imagen de la justicia penal: en cuanto la Política criminal es constituida

³² DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit., p. 19. ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., p. 18: “La Política criminal se distingue esencialmente de la dogmática juridicopenal, en que se extiende más allá del Derecho vigente y de su aplicación, y de la Criminología, en que valora y establece prioridades que no se derivan de la sola evaluación de resultados empíricos. De ello se deduce el perfil de la Política criminal como ciencia independiente en el marco de la justicia criminal; (...)”.

³³ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., p. 62.

³⁴ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., pp. 20-21.

de las técnicas y estrategias que hacen frente al crimen, el Derecho penal interpreta y sistematiza los preceptos penales, conceptos y principios^{35/36}.

Hoy sabemos que se requiere la existencia misma de la dogmática penal en consonancia con la Política criminal. Es imposible imaginar la Ley penal ignorando la orientación político-criminal, ni es posible imaginar una Política criminal sin garantías y derechos individuales. Tanto la Política criminal como la dogmática jurídico-penal deben ser dirigidas a aplicar y respetar los derechos de los ciudadanos. Son partes de un mismo sistema, y la Política criminal trata de proporcionar el ambiente para discusión y reformas en el Derecho penal, conforme los ideales jurídicos que permean el ambiente cultural^{37/38}.

En definitiva, desde todas las miradas que se echan a la Política criminal, percibimos el cuanto el concepto es vasto. Efectivamente, se trata de una materia cuyos límites son prácticamente imposibles de definir, incluso por avanzar sobre otros campos del conocimiento. En la evolución del concepto y a lo largo del tiempo en que se buscó acuñar el concepto científico, hubo muchas opiniones diversas que no necesariamente son auto-excluyentes, sino que colaboraron con la comprensión general del tema: como fuente de la legislación penal (KLEINSCHROD, FEUERBACH); como instrumento de lucha contra el delito (VON LISZ, HIPF); como área dentro de la Política general del Estado (DELMAS-MARTY), entre otras.

³⁵ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., pp. 13-14: “De la delimitación de la Política criminal con la dogmática juridicopenal, de una parte, y con la Criminológica, de otra parte, resulta la imagen total de la justicia criminal como un edificio que descansa sobre tres pilares: «la Criminología, que investiga el fenómeno criminal bajo todos sus aspectos, el Derecho penal, que establece los preceptos positivos con que la sociedad afronta este fenómeno criminal, y finalmente la Política criminal, arte y ciencia al propio tiempo, cuya función práctica es, en último término, posibilitar la mejor estructura de estas reglas legales positivas y dar las correspondientes líneas de orientación, tanto al legislador que ha de dictar la ley como al juez que ha de aplicarla, o a la Administración ejecutiva que ha de transponer a la realidad el pronunciamiento judicial» (ANCEL, 1970, 5)”.

³⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., p. 29.

³⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 238.

³⁸ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2ª edición. Akal, 1986, p. 25.

A nosotros, nos parece que la Política criminal, sin dejar de poseer elementos de todos esos conceptos construidos a lo largo de la historia, se trata de la una Ciencia autónoma que constituye la deontología del Derecho penal, ya que estudia el sistema vigente para determinar sus necesarias transformaciones, construyendo una puente entre el ambiente político-ideológico (atendiendo a los reclames de la sociedad sin dejar de observar los elementos técnicos y fundamentales del sistema democrático) y, al mismo tiempo, buscando aplicación de sus principios generales al caso concreto.

Así, no deja de ser fuente de la legislación penal, constituye un instrumento de lucha contra el delito y todavía hará parte de la Política general del Estado, además permeando todo el contexto de la justicia penal, y de la conducción de situaciones concretas. Con eso, la Política criminal, como parte de la Política general del Estado tiene como objetivo el logro de determinados fines, que trascienden los límites de la Ley penal para llegar a otros medios de control social. Y así, orientada a determinados fines, constituye una ciencia valorativa, acogiendo en todos sus ámbitos, principios fundamentales que deben nortear la conducción del control social, que debe ser hecho de manera proporcionada, para buscar la integración del programa que si quiere desarrollar de manera sistemática, entre todo los mecanismos que forman el sistema penal, así como una postura crítica en relación a la conveniencia de la conducción de la política general del estado que trata de temas penales³⁹.

III.- Orígenes remotos de la Política criminal

Para comprender los orígenes de la Política criminal, es necesario estudiar la historia misma de la delincuencia y de la reacción social frente a ella. Sabemos que el desarrollo de la pena en los más diferentes pueblos y sociedades tienen en

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y Persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 26-27.

general las mismas características esenciales. La comparación entre ese desarrollo nos enseña que el punto de partida de la historia de la pena es el mismo punto de partida de la historia de la convivencia social. Desde períodos inmemoriales si puede verificar reacciones sociales, aunque tenuemente percibidas, contra un miembro de la sociedad que transgredió las reglas de interacción y, por tanto, ha violado o amenazado los intereses de la comunidad. Como dijo DURKHEIM⁴⁰, “*el crimen es normal, porque una sociedad que estuviera exenta de él, es del todo imposible*”. Con el crimen, también la pena, Estamos, pues, autorizados a entender la pena como un hecho histórico primitivo, aparejada al propio desarrollo de la humanidad⁴¹.

La Ciencia (en ese caso la Política criminal) puede existir antes mismo de si conocer su propio carácter de Ciencia y su acuñación semántica. Como dijimos, es imposible determinar desde cuando el hombre empezó a preocuparse expresamente con lo que se llamaría sistema penal. Asimismo, en el más remoto período encontramos señales de reacción social a lo que podemos llamar transgresión o vulneración de las normas⁴².

El problema de la existencia del Derecho coincide con el origen de la sociedad. Como decían los Romanos, *ubi societas ibi ius*⁴³, pero es importante preguntarnos si siempre ha habido sociedad, en toda y cualquier convivencia humana⁴⁴.

⁴⁰ V. notas 13 y 14.

⁴¹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, traducción de Quintiliano SALDAÑA, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 15.

⁴² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., p. 15: “Hasta el más remoto período, accesible a la indagación histórica, entre las razas más duras y degeneradas, hallamos la reacción social, aunque obscuramente presentida, contra el miembro de la sociedad que ha transgredido las normas de la convivencia, y por lo tanto, ha vulnerado o puesto en peligro los intereses de la comunidad”.

⁴³ El dicho latino significa “donde está la sociedad, está el Derecho”.

⁴⁴ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 71.

Entendemos que, en las sociedades más rudimentales, aunque no si concibiera el Derecho como conocemos, o el poder político como comprendido científicamente hoy, sí habría normas jurídicas aplicables, aunque fueran rudimentales como la estructura social que les ha creado. Claro que hay ahí un carácter un poco ambiguo, ya que no había consenso respecto lo que sería correcto o equivocado, y, por lo tanto, la definición de los hechos delictivos y de las reacciones sociales a ellos sería un tanto arbitraria, de acuerdo con el sentimiento de justicia de determinado grupo, lo que puede consistir en una primera señal de justicia pública⁴⁵.

Siguiendo esta perspectiva, se puede concebir el crimen como un mal imposible de ser erradicado de la sociedad, ya que es inherente a su propia naturaleza. Sin embargo, hay que decir que la definición de crimen ya es una labor posterior, de Política criminal, pero la noción del bien y el mal ya está incrustada en los seres humanos por su propia característica de animales racionales⁴⁶. El hecho de que están dotados de conciencia y por lo tanto con habilidades interpretativas, les permitió conocer la existencia del bien y del mal, y decidir, dentro de las sociedades primarias, hacer su propia interpretación y aplicación, castigando ciertos hechos cometidos⁴⁷, aunque al principio fuera a

⁴⁵ Es posible que, en las sociedades primitivas, habría confusión entre lo que era venganza y lo que era el crimen. Eso pues las reglas del grupo podrían ser contradictorias, con varios miembros o grupos deteniendo y compartiendo parte del Poder Político del mismo grupo social. A ese respecto, MARONGIU, Pietro y NEWMAN, Graeme, *Vengeance: The Fight Against Injustice*, Rowman & Littlefield Publishers, Totowa, New Jersey, p. 5: "Perhaps 'crimes', as they are called today, are but approximations of original offenses perceived at various stages throughout history as a result of particular vengeful actions. Without a third party to define such offenses as 'crimes', there exists the typical progression or spiralling process by which each offense is countered by another offense more severe until the complete destruction of one of the parties is achieved. It is the establishment of a social order that attempts to break into this cycle of destruction. This order may take on many forms, but in its early stages, it usually consists of a group of elders who are external to the warring factions, perhaps the first act of public justice! Even when pacification seems to work, latent hostility may remain indefinitely, and may suddenly reappear in response to what may seem on the surface to be a very minor provocation".

⁴⁶ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, Profesado en la Universidad de Santo Domingo de abril a junio de 1940, Editora Montalvo, Trujillo, p. 5.

⁴⁷ Ya hubo momentos en que si consideró que el hombre que cometía delitos era diferente del tipo normal de hombre, que era una raza distinta del hombre normal, aunque fuera

través de la venganza privada. Surge así la pena, y su aplicación es un desarrollo de la Política criminal, aunque en cierta manera involuntaria y sin contornos científicos⁴⁸.

Este primer período de la evolución de la doctrina penal, y en consecuencia de la Política criminal, tuvo casi la duración de los períodos geológicos, pues el nacimiento de doctrinas que buscaban lograr un equilibrio entre el castigo y el crimen es algo muy reciente. Quizás una de las primeras fórmulas para tratar de establecer este equilibrio fue la Ley de Talión, cuya conocida fórmula de "*ojo por ojo, diente por diente*", fue una primera muestra de la búsqueda por la proporcionalidad entre el hecho y la pena. Sólo poco a poco, con la experiencia de los hechos, se produjo un primer descubrimiento del concepto de justicia penal al largo de la historia⁴⁹.

La noción, finalidad, contornos científicos y la propia acuñación del término Política criminal son recientes, pero para algunos autores tratase de algo "*muy antiguo con nombre nuevo*", o algo "*de todos los tiempos*"⁵⁰.

dotado de condiciones de interpretación. Eso es especialmente visible en FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Tomo I, traducción de Antonio SOTO Y HERNÁNDEZ, Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 53: "Ahora bien, estas observaciones psíquicas y físicas, han llevado a los antropólogos a afirmar y demostrar que el hombre criminal, no solamente, como decían desde luego los autores ingleses, puede pertenecer a una 'zona intermediaria' entre el hombre sano y el loco, sino que constituye, propiamente hablando, como lo demostró Lombroso y los demás han asegurado después de él, una variedad antropológica aparte, que presente caracteres especiales, tanto desde el punto de vista de la patología, como desde el de la degeneración y el atavismo; y que por estos últimos caracteres sobre todo, representa en la civilización actual las razas inferiores; en fin, que es bajo todos los efectos, diferente del tipo normal del hombre sano, y bien desarrollado y civilizado".

⁴⁸ VON LISZT considera la pena como un hecho histórico primitivo y el Derecho penal como la primitiva capa de evolución jurídica. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., pp. 15-16: "Estamos, pues, autorizados para presentar la pena como un hecho histórico primitivo, y no nos equivocaremos si concebimos al Derecho Penal justamente como la primera y más primitiva capa de la evolución jurídica, y consideramos a lo injusto como la palanca del Derecho y de la Moral (...)".

⁴⁹ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., pp. 190-191.

⁵⁰ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1927, pp. 28 y 31.

En otras palabras, la Política criminal ha estado presente desde los albores de la humanidad, a pesar de que no sabían los que le aplicaban. Se puede inferir que surgió en el momento en que los grupos humanos organizaron una forma de reprimenda conjunta, superando el tiempo de la llamada "*venganza privada*"⁵¹, para el desenvolvimiento de la pena pública⁵².

De la historia de la pena y la idea de fin que está reconocida en la pena es, según VON LISZT, "*el postulado inexcusable es una Política criminal serena y consciente de su fin, que se nos ofrece de la Historia del desenvolvimiento de la pena*"⁵³.

La pena pública, o "*venganza pública*", puede ser reconocida como un medio de control social, sosteniendo uno de los más antiguos sistemas de dominio que sirve para demostrar las instituciones fundamentales que la sociedad necesita para sobrevivir – estas instituciones son compuestas por la familia, después por la religión, y bien después por un sistema de justicia criminal, por eso puede ser – la venganza pública – considerada como una forma rudimentaria de Política criminal⁵⁴.

Así vemos lo importante que es para la historia del Derecho penal y, en consecuencia, de la Política criminal, el desarrollo de las penas en los primeros grupos sociales⁵⁵. Es importante también analizar cómo se engendró la Política criminal en el período clásico, más precisamente en el Derecho Romano, de importancia clave para la sistematización de las diversas áreas del derecho,

⁵¹ A respecto del desarrollo de las formas de reaccionar contra el delito, v. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 69.

⁵² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., p. 16.

⁵³ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., pp. 17-18.

⁵⁴ MARONGIU, Pietro y NEWMAN, Graeme, *Vengeance*, op. cit., pp. 6 y 18.

⁵⁵ Para mejor comprensión de la evolución histórica de la pena, v. ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 53-55.

donde la pena era pública y el Poder penal era en teoría ilimitado, pero estaba en su origen limitado por el poder coercitivo de los Magistrados⁵⁶.

La época romana se caracterizó por una fuerte intervención del Estado, que abolió gradualmente la venganza privada, convirtiéndose la justicia penal en una expresión de este poder del Estado – aunque al principio recogiendo a la Ley de Talión como fuente⁵⁷ –, concibiendo el delito como una ofensa pública y la pena como una reacción social en contra de ella. Hubo, en este momento, la distinción entre *crimina publica* objeto de procedimiento por el Magistrado que detenía jurisdicción penal, y *delicta privata*, que eran daños a las personas, que estaban sujetos a la jurisdicción civil. El poder punitivo del jefe de la familia fue debilitándose poco a poco desde los primeros emperadores⁵⁸.

La lucha del Derecho penal para convertirse en una rama cada vez más pública y por tanto imparcial, es notable. Esta es una lucha por la justicia e imparcialidad de la pena, que tuvo lugar en Roma (aunque no solamente ahí), especialmente en la diversificación entre *crimina publica* y *delicta privata*, la cual terminó en algún momento con la reafirmación del carácter público de la Ley penal romana⁵⁹.

⁵⁶ JIMENEZ DE ASÚA, LUÍS, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, p. 245: “La pena ha entrado en su tercer estadio de desenvolvimiento con su objetivación como pena pública. Así se transforma en Derecho penal público el poder penal ilimitado del Estado. La ley penal determina, no sólo el contenido y modo de la pena, sino también las exteriorizaciones de su principio, y de aquí, que, demarcado ya el concepto del crimen, el arbitrio sea imposible, una vez puesto el caso concreto bajo la regla firme que obliga. Podemos, pues, decir con Mommsen, que el Derecho penal ilimitado en su origen mismo, está limitado legalmente por el poder coercitivo de los Magistrados. Y por eso podemos concluir afirmando, con von Liszt, que así como ante todo ‘el Derecho es la política del poder’ (von Ihering), así el Derecho público para castigar es el poder penal público jurídicamente limitado (T., tomo I, pág. 1, nota 1). Mas esta limitación está formada por el Derecho penal en su sentido objetivo”.

⁵⁷ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., p. 193

⁵⁸ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 55.

⁵⁹ JIMENEZ DE ASÚA, LUÍS. *Principios de Derecho Penal – La Ley y el Delito*, 3ª edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, pp. 31-32.

En definitiva, se puede decir que, tanto en las sociedades primitivas como en la antigüedad clásica, el orden jurídico del Estado es más antiguo que la ley formulada, más aún en el Derecho penal, que se basa en la naturaleza humana. Aun así, hay que tener en cuenta que, en períodos posteriores de la antigua Roma, la legislación ya conoció las fórmulas positivas, lo que representa un gran avance desde el punto de vista de la evolución política – y, por tanto, de la Política criminal⁶⁰.

Vale la pena señalar que cuando la cristianización del Imperio Romano, no hubo al principio una gran influencia en el Derecho penal, sino más bien una lenta influencia, mucho más profunda en las instituciones políticas concretas y en la dimensión filosófica, pero sin cambios extremos – especialmente en el Derecho penal. El poder político romano, de hecho, buscó una alianza para obtener el apoyo de la Iglesia, al mismo tiempo que la protege - es decir, fue una decisión surgida de la necesidad política⁶¹.

De todas maneras, el legado que dejó el Derecho penal romano es indudable, especialmente por su gran influjo en el Derecho germánico y canónico, los tres que formaron la bases del Derecho penal del Antiguo Régimen⁶², y puede ser recordado en dos máximas de su sabiduría penal, citadas por BERNALDO DE QUIRÓS: *cogitationis poenam nemo patitur*, “a nadie se le puede castigar por el pensamiento”; y en las palabras pronunciadas por el Emperador Adriano *in maleficiis voluntas spectantur, no exitus*, “en los delitos, a lo que hay que atender es la voluntad”⁶³.

⁶⁰ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, primera parte, traducción de Pedro DORADO MONTERO, La España Moderna, Madrid, reimpresión por Analecta Editorial, Pamplona, pp. 138-139.

⁶¹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 93.

⁶² ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 55.

⁶³ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., pp. 193-194.

IV.- Política criminal en el Antiguo Régimen

Se habla del Antiguo Régimen como una referencia a algo relativamente reciente, pero ya transcurrido y superado, por una sociedad cuya extinción si lo fueron testigos. Citado por el gran autor TOMÁS Y VALIENTE, el novelista MARCEL PROUST, cuya dedicación a la búsqueda y la memoria le hacía tener mucho de historiador, escribió que "*se llama antiguo régimen aquello de lo que sólo se ha podido conocer al final*". Y sin duda que era el sentido en el que acuñó la expresión dicha por los liberales de primera hora, que habían asistido a la caída del Antiguo Régimen, y no sólo como espectadores pasivos, sino como impulsores de la misma caída, lo que veremos pronto⁶⁴. Pero antes es necesario dar una visión general de Derecho penal y Política criminal de la época.

La sociedad del Antiguo Régimen era estamental, señorial y estaba políticamente organizada bajo la forma denominada "plenitud del absolutismo". El estado absolutista descansaba sobre la idea de que el titular de la soberanía era el monarca. El Derecho estaba legitimado políticamente en cuanto emanaba de la voluntad del soberano⁶⁵.

Siguiendo nuestra sistemática de la historia de Política criminal a través de la evolución del Derecho penal, es muy importante hablar del momento de consolidación de las monarquías absolutistas y su desarrollo, fue una época en que el *jus puniendi* fue uno de los más importantes instrumentos de demostración y consolidación del propio poder del monarca y del Estado, así como de la propia Iglesia Católica⁶⁶.

⁶⁴ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 401.

⁶⁵ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 401.

⁶⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 23: "Puesto que el Derecho consiste en una ordenación normativa de la sociedad, es claro que constituye un factor importante de conservación y protección de ese mismo orden. Si esto es cierto en general (y sin entrar en más profundas precisiones aquí improcedentes) lo es mucho más por lo que respecta al

En especial relación con la historia de la pena, no hay manera de no hablar en este momento de la *intimidación*. Los Estados Absolutos del Antiguo Régimen, para realzar el prestigio de su autoridad y la sumisión de sus súbditos, establecieron sanciones con el fin de provocar un verdadero terror, exasperando los rigores y los límites notoriamente desproporcionados a los delitos⁶⁷.

Según ANTÓN ONECA, a la formación del Antiguo Régimen, habían contribuido los elementos romano, germánico y canónico, y hace algunas consideraciones respecto los tres: *El Derecho penal romano* – a) la venganza privada fue abolida por la enérgica intervención del Estado, y el delito es concebido como ofensa pública y la pena reacción social contra el mismo; b) frente a la responsabilidad por el daño, destacó el elemento subjetivo; c) a las leyes penales romanas⁶⁸ y a las doctrinas se debe la formación de ciertos conceptos del derecho criminal, especialmente en especies muy amplias – *crimen lesae majestatis, falsum, stellionatus, furtum* – que han servido para el desarrollo y sistema de infracciones en particular; d) en la época del imperio aparece un sistema terriblemente enérgico de penas, cuya dureza y arbitrariedad fueron después reproducidos en el antiguo régimen; *El Derecho penal germánico* – a) papel preponderante de la venganza privada o *Blutrache*, admitiéndose la composición mediante el pago; b) la responsabilidad fundada en el daño, por tanto objetiva, no se hacía la investigación de la culpabilidad en el caso concreto; *El Derecho penal canónico* – a) contribuyeron a la moderación de las guerras privadas a la de la justicia laica con el derecho de asilo; b) impulsó la espiritualización de la responsabilidad al hacerla depender de la culpa, pues si bien no se identificaron delito y pecado, se exigió el segundo para admitir el primero; c) refleja sobre la pena temporal el carácter vindicativo de la justicia

Derecho Penal. En la Edad Moderna la Monarquía utilizó la ley penal como uno de los más importantes instrumentos de imposición de su autoridad (lo cual es lógico dentro de un Estado progresivamente absolutista), y al mismo tiempo como maquinaria protectora del orden social establecido”.

⁶⁷ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 53.

⁶⁸ MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano, primera parte*, op. cit., p. 9 y ss.

ultraterrena, recibiendo aquélla un fundamento retribucionista, con el consiguiente provecho para la proporcionalidad entre el castigo y el delito⁶⁹.

Así que con la decadencia y finalmente el colapso final del Imperio Romano llegamos a las invasiones bárbaras y la consiguiente decadencia y desintegración del Imperio. Por lo tanto, la sabiduría penal romana se pierde, desaparece en el momento y renace en cada parte con características diferentes y, en general, con el sentido duro de la Ley de Talión, de represalias y condenas simbólicas y expresivas. La Ley penal de la Edad Media tiene un refinamiento de trato tan cruel, y al mismo tiempo desarrolla un sistema integral de impunidad: aparecen suspensiones legales, los días de semana y fiestas sagradas donde se suspenden los procedimientos de aplicación⁷⁰.

Es interesante el hecho recordado por BERNALDO DE QUIRÓS para ilustrar la situación caótica de la ejecución de las sentencias en el momento: en Sevilla de los tiempos de Carlos III, en 1781, lo que escandalizó a la población en la bárbara ejecución del bandido Diego Corrientes fue el hecho de que se ha producido en un viernes, contradiciendo así una de las leyes españolas más antiguas, de la época de Alfonso X, que determinaba que en la memoria de la pasión del Señor, estaba prohibido el acto de dolor y de afronta los viernes⁷¹.

Había así, en resumen, en la consolidación del Antiguo Régimen, una mezcla de intimidación por necesidad de reafirmación del poder del Estado⁷² – ya sabemos que el Derecho consiste en una ordenación normativa de la sociedad, lo que es aún más claro tratándose del Derecho penal, así fue el Derecho utilizado como instrumento de imposición de la autoridad monárquica –, de relación entre castigo y pecado, influenciada por la Iglesia Católica y de

⁶⁹ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 55-57.

⁷⁰ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., p. 194.

⁷¹ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., p. 195.

⁷² TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 369.

impunidad por razones muchas veces religiosas o místicas⁷³ y otras por conveniencia estatal, entre otras características que detallaremos a seguir.

Es un hecho que, con el surgimiento y consolidación de la religión cristiana, la concepción del delito consigue una connotación asociada a la figura de Dios – muchas veces también por conveniencia política, ya que a través de la fe habría más cohesión interna⁷⁴ –, es decir, el delito es visto como un pecado, y este tipo de conducta directamente asociado a la ofensa al Superior – aquí es importante resaltar que muchas veces el propio monarca tenía fuerte asociación con la figura divina⁷⁵. Como dice TOMÁS Y VALIENTE, pude hablarse en un “teologismo del Derecho penal secular”⁷⁶.

En este momento de la historia, la religión empieza a influir un poco más en el carácter de las penas, expresando la necesidad de expiación de los pecados. El “*pecador*” debe redimirse ante Dios (muchas veces representado por el poder del monarca) por el perdón de sus pecados por medio de la tortura infligida por la Inquisición de la Iglesia Católica, de una pena temporal y muchas veces aflictiva.

⁷³ Sobre la exacerbación de los sentimientos y confesiones religiosos, y la vertiente de influencia del aspecto religioso en las sociedades de los siglos XV, XVI y XVII, v. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 85.

⁷⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 86: “Como los reyes (en concreto desde Isabel y Fernando) consideraban que la unidad de la fe entre sus súbditos era un bien que aumentaría la cohesión interna y facilitaría el ejercicio y fortalecimiento del propio poder, se ha una coincidencia entre la política eclesiástica y la política secular, cuya encarnación más sensible será el llamado Santo Oficio de la Inquisición. Había unos delitos religiosos, había unas penas espirituales para quienes los cometieran, pero también había otras de carácter temporal; y había un Tribunal especializado en el que los teólogos y canonistas juzgaban, condenaban o absolvían, aun cuando luego ‘brazo secular’ ejecutase materialmente las penas temporales. La simbiosis era perfecta, y la eficacia de la Inquisición incuestionable; de ahí el terror que despertaba”.

⁷⁵ Hay en el Antiguo Régimen una clara confusión entre la figura de Dios, de los monarcas que detenían el poder y el propio Estado. Eso está muy claro en la famosa frase del rey francés Luís XIV (1638-1715): “*L'état c'est moi*”, (“El Estado soy yo”). Eso significa que el detenía poderes absolutos del Estado, por lo tanto, se habla en monarquías absolutistas, muchas veces explicadas por un derecho divino a la conducción del poder estatal.

⁷⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 86.

Había un fin de intimidación y represivo, pero también había un deseo – aunque muy poco realizable entonces – de “*corrección*” del condenado⁷⁷.

La naturaleza aflictiva - y por lo tanto de intimidación general – de las penas era tal que se castigaba con la horca el simple hurto, y se aplicaba terribles castigos para los delitos más graves. Esto generó un ciclo de tal manera que a la medida que el castigo fracasaba y se produjo nuevos delitos, se consideró que el martirio era insuficiente y buscó maneras de aumentar el rigor de la pena⁷⁸. Esos tipos de martirios también están bien descritos por FOUCAULT en el comienzo de su obra “*Vigilar y Castigar*”, donde describe con detalle el suplicio de un criminal llamado Damians, a 2 de marzo de 1757 en París⁷⁹.

Además de la violencia de los suplicios y penas, hay que decir también que la responsabilidad por los crímenes más graves transcendía a la persona del condenado, lo que demuestra la característica basada en el terror, miedo, y prevención general negativa que detenían de las penas de la época⁸⁰.

Además, los jueces o cualquiera que dictaban sentencias, podrían imponer sanciones comunes, pero también podrían imponer otras extraordinarias y totalmente arbitrarias cuando juzgasen conveniente para ejemplificar, sea por la

⁷⁷ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., pp. 355-356: “Sobre todo si tenemos en cuenta que el fin políticamente perseguido por la ley penal era el represivo. Englobo dentro de esta expresión dos intenciones del legislador sólo separables conceptualmente: la de castigar (‘escarmentar’ se lee a veces) al culpable, y la de dar ejemplo a los demás; dar ejemplo atemorizando, se entiende. Fin vindicativo y fin intimidativo. La Monarquía creyó siempre que el único procedimiento eficaz para combatir la delincuencia era el represivo, y esta finalidad y no cualquier otra acaso más encomiable moralmente, tenían las leyes penales y las sentencias judiciales condenatorias. Y así se declara en multitud de documentos y escritos heterogéneos, de pocos vuelos teológicos, pero de gran valor testimonial”.

⁷⁸ Algunas descripciones de formas de condena utilizadas en el Antiguo Régimen se pueden encontrar en ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 57-58.

⁷⁹ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio GARZÓN DEL CAMINO, 8ª edición, Siglo XXI Editores, Madrid, 1992, pp. 11-13.

⁸⁰ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 58.

gravedad de hecho, sea por su frecuencia. Esto a menudo ha causado con las condenas y suplicios fueron desiguales, según la condición social del culpable⁸¹.

También es notable, debido a la naturaleza del régimen monárquico vigente en la época y del poder de la Iglesia Católica, que la delincuencia considerada más grave era la de naturaleza política, especialmente los crímenes de lesa majestad divina y humana, es decir, la herejía de los crímenes y delitos cometidos contra el rey, lo que corresponde con los principios fundamentales de la monarquía absoluta⁸².

Se sabe que uno de los problemas más graves de Política criminal es la cuestión de la pretendida proporcionalidad entre la pena y la intimidación social de la misma. Durante el período del absolutismo, cuando hablamos de la naturaleza del delito, vemos que podía graduarse sobre la importancia del *pecado* que cada crimen entrañaba, o el daño social que esto ocasionaba. Consistía en un uso de un criterio moral que atendía principalmente a la relación entre la culpa (igual al pecado) y la pena. El segundo método era defendido gradualmente por algunos teóricos, especialmente cuando hablaban en criterios de corrección, que fueron poco a poco criticando la enorme indeterminación, impunidad, y especialmente la intimidación política que eran criterios utilizados en el período, de acuerdo a la discreción de los jueces y monarcas⁸³.

El gran problema es la cuestión la propia legislación penal, ya que esa no se preocupó en mantener ningún tipo de proporcionalidad de la pena defendida por los teóricos que surgieron. Cuando un delito se practicaba reiteradamente, convirtiéndose en verdadero "*mal social*", la Monarquía no se detenía ante las consideraciones teóricas y castigaba generalmente con la pena de muerte a los autores, cómplices o encubridores, facilitaba la prueba procesal y empleaba todos

⁸¹ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 58.

⁸² ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 58

⁸³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 358.

los procedimientos represivos que tenía en su todopoderosa mano⁸⁴, todo eso sin hablar de los delitos de naturaleza política o que eventualmente podrían lesionar el estado de las cosas – como los de lesa majestad.

Así, podemos decir, en resumen, que en el auge del poder monárquico y de los Estados absolutistas, la Política criminal se encontraba en ese estado, debido incluso a la articulación social como un una estructura compuesta de estados o estamentos jerarquizados entre sí⁸⁵: un gran arbitrio del poder central, con ejecuciones direccionadas a crear una enorme intimidación social, especialmente cuando había un daño social; una fuerte influencia de la Iglesia⁸⁶, sea por objetivos pragmáticos como la manutención del poder central⁸⁷, sea por una busca de redención de los pecados; un gran carácter aflictivo de la pena, pasando inclusive de la persona del condenado; y cierta dosis de impunidad, ausencia de proporcionalidad entre delito, pena y el propio objetivo intimidador de la pena⁸⁸.

Este carácter intimidatorio de la pena - en especial la pena de muerte - que ya hemos señalado, ha llegado a un abuso de métodos tales y tan crueles que, poco a poco, su efecto intimidatorio fue cada vez menor, debido a que la sensibilidad colectiva ha ido cambiando ante los espectáculos dantescos casi a diario⁸⁹. Por otro lado, la confianza en el perdón real disminuía el miedo a

⁸⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 359.

⁸⁵ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 168.

⁸⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 117.

⁸⁷ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castiga*, op. cit., p. 59: “Hay que concebir el suplicio, tal como está ritualizado aún en el siglo XVIII, como un operador político. Se inscribe lógicamente en un sistema punitivo, en el que el soberano, de manera directa o indirecta, pide, decide y hace ejecutar los castigos, en la medida en que es él quien, a través de la ley, ha sido alcanzado por el crimen”.

⁸⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., pp. 177-178.

⁸⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., pp. 372-373: “(...) la publicidad de la ejecución se convertía en serio obstáculo para su cumplimiento, y el público, que debía ser contemplador mudo y pasivo, pronto a asimilar la

sanciones legales, contra las que siempre se tenía la esperanza de encontrar un "antídoto". Y mediante la aplicación de la pena máxima tanto por un delito menor como que para un delito mucho más serio, el delincuente sabiendo que correría el mismo riesgo, se atreve a la aventura que le parecía más fructífera⁹⁰.

Se engañaría quien pensara que contra todos estos abusos, no se levantó ninguna voz. Comienzan a surgir ideólogos con ideas reformistas en el propio siglo XVIII. El tormento se estaba convirtiendo en insoportable de tal manera que comenzó a ser condenado por muchos. Curiosamente, las respuestas humanitarias contra los excesos de la intimidación comenzaron en la legislación canónica, que, como hemos dicho, introduce la piedad y modelación, con el fin de obtener la enmienda de los condenados⁹¹.

El modo establecido de creación del Derecho entró en crisis durante el siglo XVIII. Esto ocurrió por varias razones, especialmente en España: por la organización política de la plenitud absolutismo monárquico, que produjo las contestadoras consecuencias ya mencionadas; la dura crítica de los teóricos de la

enseñanza, tomaba parte activa en el suceso, trocándose de espectador en personaje principal del drama.

Porque dramáticas eran en verdad todas aquellas ejecuciones. La sensibilidad se eriza al revivir mentalmente algunas de ellas que parecen extraídas de la más tremendista literatura. Un anónimo cronista que escribe en Madrid a 15 de enero de 1627 cuenta la ejecución de tres ladrones; uno de ellos era 'un estudiante muy grave, galán y valiente; llamábase don Juan de Lucena, gran ladrón. Quedó tan estropeado del tormento que le subieron en brazos a la horca. Hubo en la plaza gran concurso de gentes y griterío... y algunos hurtos en la confusión de la gente'.

La ejemplaridad efectiva de aquellas ejecuciones era muy discutible; el público se movía muchas veces en favor del reo, compadecido de su sufrimiento y atraído por algún aspecto simpático de su personalidad, o impulsado por amigos y compañeros de aquél. El gentío era ocasión de nuevos delitos, como los hurtos que nos narra Francisco Santos en su novela picaresca (*El día y noche...*, págs... 396-397). Los reos, sabedores de ese clima frecuentemente propicio a ellos, solían adoptar un aire valiente y bravucón, como si la muerte cercana fuese un lance sin importancia. El autor de la *Relación de la cárcel de Sevilla* supo describir muy bien esta actitud (Ed. Cit. Hecha por B. Gallardo). Los verdugos, casi siempre delincuentes a quienes se les había conmutado una pena de muerte o de galeras por el ejercicio de un oficio, se prestaban a todo género de trampas y picardías. Todo ellos daban a menudo un tono de anécdota picaresca a las ejecuciones, sombrías y jocosas, grotescas y trágicas, imitaciones vivas de 'sueños' quevedescos y anticipaciones reales de aguafuertes goyescos".

⁹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., pp. 359-360.

⁹¹ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 59

Ilustración, en varios ángulos; y el descrédito en que cayó la vieja técnica jurídica de recopilaciones, que provocaba una acumulación de reglas anteriores se estaban convirtiendo en superposición, algunas con poco o ningún efecto⁹².

Los reformadores no se limitaban a criticar el contenido del Derecho, sino reformar el sistema jurídico que regía la sociedad. Especialmente después de la Revolución Francesa, el pensamiento de la Ilustración que la sustentó se hace aún más fuerte, en oposición a las características exacerbadas por la manera de punir del Antiguo Régimen⁹³. Todavía antes del completo cambio de paradigmas, es importante la lección de TOMÁS Y VALIENTE “El reformismo ilustrado trató de cambiar no sólo el modo de creación del Derecho, sino también las instituciones contenidas en el Derecho heredado. Pero entiéndase bien: reformar no significa destruir una sociedad y su Derecho para sustituirlos por otra organización jurídica de la sociedad basada en principios radicalmente nuevos. (...) Lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada y progresiva y un Derecho adecuado a la misma, para lo cual pensaban que éste debía ser racional, uniforme y emanado de la autoridad soberana, del rey absoluto”⁹⁴.

Algunas de las voces ilustres que protestaban por la humanización de las penas, la inutilidad de la pena de muerte y los tormentos en España fueron CHAVES, SANDOVAL, Cerdán de Tallada, Fray MARTÍN SARMIENTO, Juan Luis VIVES, FEIJÓO, Alfonso de AZEVEDO y LARDIZÁBAL. Estos fueron algunos de los que preparaban terreno para la Filosofía y el Derecho penal liberal, aunque todavía la fase moderna del Derecho penal se iniciaría solamente con el período humanitario y de liberalismo de la *Aufklärung* alemana y de la Enciclopedia Francesa⁹⁵.

⁹² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 383.

⁹³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 70.

⁹⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 383.

⁹⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., p. 247.

Es decir, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, aunque todavía hubo algunos resplandores, la sombría fuerza punitiva estaba extinguiéndose poco a poco, básicamente por dos procesos que impulsaron el nuevo movimiento: por un lado, la desaparición gradual del espectáculo de ejecución de penas y suplicios; y por otro lado el cambio de paradigma de la pena - esto es, el castigo "ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos", según FOUCAULT⁹⁶. El autor francés continúa, adelante: "Hay que castigar de otro modo: deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y del verdugo. Muy pronto el suplicio se ha hecho intolerable"⁹⁷.

Tal era el Derecho penal en el final del Antiguo Régimen: abierto por un extremo a la influencia romano-canónica, el pensamiento teológico y de la legislación medieval que hereda y conserva; influenciado por el otro lado con la ideología liberal-burgués de la Ilustración, que dio sus primeros pasos en Francia. Sólo cuando la monarquía absoluta dejó su papel de Estado constitucional, que el Derecho penal pudo beneficiarse de hecho de las nuevas corrientes. El Derecho penal del Estado liberal era más justo, más técnico, menos grave que el de la monarquía absoluta, y pudo proteger la coexistencia pacífica en sociedad de manera mucho menos opresiva, reduciendo el catálogo de crímenes, reduciendo la crueldad de las penas, mejorando el aparato técnico-jurídico de la época anterior, cuidando no sólo de la infracción, así como del delincuente⁹⁸.

Por supuesto, el proceso de sustitución del sistema legal del Antiguo Régimen por las nuevas bases construidas por la revolución burguesa fue

⁹⁶ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, op. cit., pp. 16-23.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, op. cit., p. 77.

⁹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., pp. 407-408.

profundamente complejo, pero la coyuntura que vio nacer la reforma no es de una nueva sensibilidad, sino de otra política respecto la delincuencia⁹⁹.

En Italia del XVII y XVIII empiezan a notarse ya síntomas de un cierto movimiento filosófico penal, donde la ciencia, según VON LISZT “insinúa torpemente, con movimientos de larva”. Con RENAZZI y CREMANI, ya han señales de algunos principios fundamentales del Derecho penal. Esta tradición italiana en el Derecho penal, a pesar del movimiento político de reforma del Antiguo Régimen haber empezado de hecho en Francia, aparece simplemente como una dirección para formular los principios fundamentales de las sanciones, y una crítica de las leyes penales, con el fin de reformar: la búsqueda de un Derecho penal más dinámico. Los glosadores, al comentar la ley penal, no se atrevieron a hacer una verdadera crítica o proponer modificaciones, sólo a partir del siglo XVII se atrevieron algunos prácticos italianos en dar algún paso para criticar el estado de las cosas¹⁰⁰.

En este momento, se está recuperando poco a poco el sentido del antiguo Derecho Romano que se había perdido al principio de la formación de los Estados Nacionales, por efecto del trauma proporcionada por la rotura del sistema anterior al Antiguo Régimen. Así renace el estudio del Derecho Romano y en partes de Europa empezaron de nuevo a legislar con base en las leyes romanas¹⁰¹.

Ahora está claro cómo, en la sociedad del Antiguo Régimen, el monarca pudo con su poder absoluto, crear leyes como quisiera, y además no era sometido plenamente a la fuerza de las leyes vigentes. La ley dependía en última instancia o emanaba de su voluntad soberana, debido a que el monarca era el titular de la soberanía. Además, los sujetos no eran iguales ante el Derecho. Los privilegios

⁹⁹ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, op. cit., pp. 86-93.

¹⁰⁰ VON LISZT, Franz *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., pp. 42-44.

¹⁰¹ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., p. 195

individuales y estamentales determinaban la importancia de cada persona ante la ley. Los que disfrutaban de la delegación del rey para gobernar o administrar justicia también lo hacían con amplio margen de arbitrio, ni siempre actuando de acuerdo con las normas de vigencia general. En definitiva: todo este estado de cosas fue atacado por los principales teóricos de la Ilustración como MONTESQUIEU, ROUSSEAU, KANT, MIRABEAU y muchos otros, poco a poco llegando a la sociedad de la época moderna, a que ahora nos volvemos¹⁰².

Quedamos, por fin, con la reflexión del gran autor TOMÁS Y VALIENTE al final de su libro *“El Derecho penal de La Monarquía Absoluta”*, que bien resume lo que se desprende del Derecho penal y consecuentemente de la Política criminal del Antiguo Régimen: “La impresión dominante que se desprende de este libro, o al menos la que en mí queda al terminar de escribirlo, es triste y penosa. Demasiada violencia, en fin. Una violencia no militarizada, no envuelta en el rótulo de la ‘guerra’, pero no por ello menos cruenta y, a veces, desesperada. Las fórmulas jurídicas, aparentemente frías para quien las lee, menos frías cuando consisten en descripciones de conductas punibles y de castigos, cobran toda su viva energía, todo su calor, todo su dramatismo, cuando las vemos actuar dinámicamente en procesos penales, en el pensamiento de los penalistas, en los libros del cronista de sucesos. Y ¿quién desata esa violencia? ¿El criminal que delinque? ¿La sociedad que acusa y condena a quien ataca los privilegios y las situaciones prepotentes de algunos grupos o estamentos, y que evita cualquier modificación que disminuya aquellos privilegios y haga menos necesarios muchos actos de delincuencia? ¿El legislador que hace la ley penal y que sólo con ella, sólo con actos represivos quiere evitar que haya delitos, sin intentar ir más a lo hondo de las causas? El problema es viejo y nuevo, pasado y actual”¹⁰³.

¹⁰² TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 420.

¹⁰³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 409.

No obstante la reflexión del gran autor español, hay que llamar la atención para la importancia que tiene la Historia del Derecho para la Política criminal, como escribe Heinz ZIPF: “La Política criminal – como toda Política jurídica y como toda Política en general – nunca se halla realmente en una ‘hora cero’ ni puede admitir un punto inicial carente de presupuestos. (...) El hombre se halla en la historicidad, sobre la cual ha de construir prosiguiendo la creación en cada caso, y de la cual, no puede desprenderse. Con ello, la Historia del Derecho se convierte en la primera piedra de toque y en material de observación para el especialista en Política criminal. En este contexto declara con acierto WÜRTEMBERGER, 1959, 32, que ‘sin historia del Derecho penal no puede haber una ciencia juridicopenal de pleno valor’”¹⁰⁴.

V.- Política criminal en la Edad Moderna

La sociedad de Estado y Derecho absolutos estaba siendo reemplazada en Europa durante las últimas décadas del siglo XVIII (en Francia) y las primeras décadas del siglo XIX por otra forma de organización económica, jurídica y política. La clase social protagonista y beneficiario de estos cambios fue la burguesía, y cómo el cambio fue radical, se habla de la revolución burguesa. En esta nueva sociedad fueron eliminados los estamentos privilegiados defendida una igualdad jurídica de todos los hombres, aunque esta igualdad era más aparente que real¹⁰⁵.

Desde los primeros teóricos del liberalismo, que TOMÁS Y VALIENTE llama de liberalismo originario, auténtico o radical¹⁰⁶, se concibió el Estado como Estado de Derecho. MONTESQUIEU ya había opinado en su célebre libro *De l'ésprit des lois* (1748) respecto la naturaleza de las leyes y la necesidad de que

¹⁰⁴ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., pp. 14-15.

¹⁰⁵ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., pp. 401-402.

¹⁰⁶ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 420.

gobiernen las relaciones humanas. O sea, podemos hablar de un principio de legalidad (toda sociedad humana se rige, como todo el Universo, por sus leyes), del principio de racionalidad (esas leyes deben derivarse racionalmente de las leyes naturales) y del principio de nacionalidad (las leyes positivas deben adecuarse a la personalidad y características de cada nación). Años después, en 1791, la primera Constitución francesa establecía el principio de forma completamente inequívoca, y con ello la Revolución francesa inauguraba el Estado de Derecho¹⁰⁷.

Para que haya un verdadero Estado de Derecho es preciso que las leyes procedan del sujeto titular de la soberanía: de la nación, del pueblo. La idea de soberanía nacional fue enunciada en las primeras Constituciones liberales, y reside esencialmente y originariamente en la nación. Según KANT “un Estado es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer”. Haciendo uso de la soberanía, los ciudadanos de cada sociedad civil (de cada nación), directamente o por medio de sus representantes, se reúnen y deciden como han de organizarse políticamente¹⁰⁸.

ROUSSEAU, y con él muchos otros pensadores de la época, tales como MIRABEAU, declaró que el paso del estado de naturaleza al estado de la sociedad civil vino determinado por la necesidad de defender la propiedad privada. No fue suficiente, sin embargo, que el Estado reconociera el derecho a la propiedad y deben a esa idea asociarse las ideas de seguridad y libertad. En otras palabras, el Estado debe garantizar la propiedad y defenderla contra toda amenaza violenta, y permitir que los ciudadanos hagan lo que quieran con su propiedad¹⁰⁹.

¹⁰⁷ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 421.

¹⁰⁸ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 422.

¹⁰⁹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 423.

Aunque la propiedad se ha considerado en ese momento el fundamento de la sociedad, y como uno de los principales objetivos que llevaron a la creación del Estado, no todo puede ser reducido a la misma. Las ideas de la libertad y seguridad no se agotan cuando se refiere a los derechos de propiedad, sino que ellas mismas pueden ser consideradas otros objetivos que el Estado reconocerá y protegerá¹¹⁰.

La libertad individual significa poder hacer todo aquello que no perjudique a otros, como insistió STUART MILL a mediados del siglo XIX: el hecho de vivir en sociedad es indispensable que cada individuo esté obligado a seguir una conducta consistente en no dañar a otros. Los límites de mi libertad llegan hasta donde empieza la libertad del otro, esa idea también está expresada en la obra de MONTESQUIEU¹¹¹.

El concepto de seguridad tiene una cierta dificultad de concreción. Hay que comprender, en un primer análisis, como la paz y la tranquilidad en el ejercicio de los derechos más fundamentales: seguridad personal, seguridad de la propiedad, y otras áreas de la esfera privada, como la inviolabilidad del domicilio. En sentido amplio, se puede hablar de seguridad jurídica como la pretensión que la burguesía revolucionaria repite con insistencia y que consistía en saber a qué atenerse respecto el Derecho: la claridad, la publicidad, la inviolabilidad de la misma, la ausencia de arbitrariedad, etc.¹¹²

Esta trilogía básica (la propiedad, la libertad y la seguridad) terminó probándose insuficiente con el tiempo, eso se puede ver ya que aparecieron Declaraciones de Derechos en donde se preocupó en detallar cuales eran los derechos a que se referían, como la Declaración de Derechos Americana (*Bill of*

¹¹⁰ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 423.

¹¹¹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 423.

¹¹² TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., pp. 423-424.

Rights) y la Declaración francesa de 1789. Pero hay otra idea básica en el pensamiento político de algunos teóricos del liberalismo político: la igualdad. Esta idea viene de la censura contra los privilegios estamentales de la sociedad del Antiguo Régimen, es decir, era la búsqueda por una equiparación jurídica con la nobleza, o la eliminación de privilegios a través de la creación de un estatuto jurídico igual de todos los ciudadanos¹¹³.

Ese era, en una breve aproximación, el panorama general de la sociedad en el período de la Revolución burguesa, cuando el pensamiento de la Ilustración era el que regía la filosofía, con obvias influencias en el Derecho y, por lo tanto, en la Política criminal de la época. Desde el punto de vista político, ese fue el momento en que se hizo posible el reconocimiento de ciertas libertades y garantías de los ciudadanos y de ciertos poderes de defensa del ciudadano contra injerencias del Estado. Los ciudadanos pasan en ese momento de súbditos a la categoría de ciudadanos de manera efectiva, lo que está estrechamente relacionado con la evolución del Derecho penal y su humanización progresiva¹¹⁴.

La Ilustración ha dejado una marca indeleble en los siglos XIX y XX, frenando el poder político de la Iglesia Católica y ha contribuido de manera significativa al proceso de secularización de las democracias occidentales

¹¹³ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., pp. 424-425.

¹¹⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., pp. 42-43: “Pero centrándonos ya en el sistema político de las democracias occidentales, el proceso de reconocimiento de ciertas libertades y garantías al ciudadano, de ciertos derechos de defensa frente al poder de injerencia del Estado, bien como conquista de los individuos organizados socialmente, bien como limitación que se impone a sí mismo el propio poder público, se origina con el pensamiento ilustrado.

Ese proceso histórico en virtud del cual los individuos pasan de ser considerados súbditos a obtener la categoría de ciudadanos, está íntimamente relacionado con la evolución de la legislación penal y su progresiva humanización en el tratamiento de la persona del sospechoso, del acusado y del condenado. Esta vinculación es tan fuerte, que, para definir las características del moderno Derecho Penal, se utiliza la referencia al carácter liberal. Con ello se quiere expresar que la actividad del Estado encaminada a la defensa del orden público y de la seguridad ciudadana, tiene sus límites en ciertos derechos que se originan en la dignidad humana de la persona (recuérdese, Derecho Penal como Carta Magna del delincuente, Derecho Penal como barrera infranqueable de toda Política criminal)”.

actuales, pero ya tenía precedentes incluso antes, en el siglo XVII (DESCARTES, SPINOZA, LOCKE, HOBBS), pero se desarrolló con más fuerza desde mediados del siglo XVIII, que ha sido llamado "siglo de las luces". De hecho, la nomenclatura está correcta, ya que la confianza en el poder de la razón humana arrojó luz sobre la verdadera irracionalidad supersticiosa en que parecía estar oscurecida la humanidad. Esta luz venía de la razón, de la ciencia, y de un mayor respeto por los propios seres humanos. Los valores del humanismo que impregnarían la filosofía del siglo XIX, la transformación y la convicción en la capacidad ilimitada de progreso a la humanidad - todo esto fue la fundamental y trascendental para la transformación del Derecho penal y del Estado mismo¹¹⁵.

Sin embargo, la situación de la legislación penal en el siglo XVIII era caótica, primitiva, irracional, lo que representa una negación absoluta de los propios postulados de la Ilustración. Había leyes penales antiguas y bárbaras que no emparejaban con la "época de las luces". No había seguridad jurídica, no se podía decir que leyes estaban en vigor y que leyes estaban derogadas. Ante este estado de cosas, los jueces gozaban de una inmensa arbitrariedad que benefició a los más poderosos, perjudicando a los más débiles. La tortura era todavía mecanismo legal frecuente para la confesión del acusado, así como las sanciones eran completamente desproporcionadas¹¹⁶.

En 1748 MONTESQUIEU, en su *"De l'esprit lois"* ha expuesto razones de peso a favor de una nueva ley penal, así como un renovado proceso penal. MONTESQUIEU vio la conexión entre las leyes políticas y el Derecho penal, e hizo una defensa de la idea de proporcionalidad y del espíritu de moderación. Para él estaba evidente que *"la severidad de las penas conviene mejor a un Gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que no a la Monarquía o a la República, que tienen por objetivo la protección del honor y de la virtud. En estos Estados un buen legislador se preocupará menos de castigar los crímenes que de*

¹¹⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., pp. 43-44.

¹¹⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., pp. 43-44.

prevenirlos". (Libro VI, Capítulo IX). Así que, pues, la proporcionalidad de las sanciones y el Derecho penal preferentemente preventivo, unido a la defensa del espíritu de moderación al preparar el catálogo punitivo, fueron algunos de los principios penalistas de los filósofos y juristas de la Ilustración¹¹⁷.

Poco después, en este entorno filosófico-penal, en el año de 1762, hubo en toda Europa el eco de un terrible error judicial cometidos en Francia. Fue el proceso de Calas, un comerciante torpemente acusado de haber matado a su hijo para evitar que abjurase del protestantismo e se hizo católico. Él no sólo había sido acusado, sino también unos meses después con una celeridad inusual en los procedimientos criminales de entonces, condenado por el Parlamento de Toulouse y había sido ejecutado, además sufriendo el tormento de la rueda. Casi inmediatamente después, movido principalmente por el dolor indignado de la viuda, el gran ilustrado VOLTAIRE comenzó la tarea de hacer la revisión del proceso de Calas¹¹⁸.

VOLTAIRE no había logrado aún la revisión del caso – que finalmente terminó y es uno de sus más grandes publicaciones humanitarias – cuando un joven italiano que estaba completamente inmerso en las ideas que vierten en la Francia de la Ilustración, CÉSAR BONESANA de nacimiento, con el título de MARQUÉS DE BECCARIA, impresionado por el trágico espectáculo de una justicia penal torpe e ineficiente, comenzó a escribir "*Dei delitti y delle pene*". Dígase que BECCARIA nunca había escrito una sola línea en el Derecho penal, y nunca fue profesional de los estudios jurídicos, pero el caso Calas provocó una vehemencia increíble que le dio fuerza para la publicación del libro, que se produjo por primera vez en 1764 en forma anónima¹¹⁹.

¹¹⁷ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 493.

¹¹⁸ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., p. 200.

¹¹⁹ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., pp. 199-201.

La publicación de BECCARIA no era un tratado de Derecho penal, fue en verdad una publicación muy breve. Era más una cartilla, lo que permitió una divulgación amplia, logrando seguramente una difusión mucho mayor que si se tratara de un verdadero tratado para sólo ser leído por los estudiantes llamados a seguir y aprobar en los estudios universitarios, y tuvo por eso un efecto devastador en la enmienda de toda la legislación penal de la Europa de entonces¹²⁰. El rápido recorrido que tuvo el libro de BECCARIA y el hecho de tener un eco tan rápido es porque en ese libro estaban las palabras que muchos deseaban leer. Eran principios que ya se veían plasmados en la sociedad. El mérito principal del libro no fue su originalidad, sino más bien el haber sabido reunir ideas dispersas y de general aceptación en su tiempo, además de la notable capacidad de síntesis¹²¹.

Por la misma época, un filántropo inglés, John HOWARD, publicó un libro que también se hizo famoso inmediatamente, sobre el estado de las prisiones en Inglaterra (*The state of prisons in England*, 1770). HOWARD había pasado por casi todos los países de la Europa continental y había visitado a sus prisiones. Su amplio conocimiento del sistema penitenciario constituye una denuncia amarga contra el inhumano, degradante y cruel carácter de prisiones europeas¹²².

Por lo tanto, el movimiento de reforma de la Ilustración hizo patente, no sólo en el ámbito estrictamente penal, como en el proceso penal y penitenciario. Como ha escrito en nuestro tiempo el filósofo inglés BERTRAND RUSSELL, “durante la segunda mitad del siglo XVIII y durante casi todo el XIX hubo en Europa una disminución general de la ferocidad”¹²³.

¹²⁰ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, op. cit., p. 201.

¹²¹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 494.

¹²² TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 494.

¹²³ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 494.

No hay ninguna duda que el libro de BECCARIA influenció muchísimo la construcción del Derecho penal y de la Política criminal en los años posteriores, especialmente en el momento de la transición del llamado “*despotismo ilustrado*” al Estado liberal de hecho. Así como no se puede dudar de la influencia de las obras de los grandes autores de la Ilustración, como ROUSSEAU, MONTESQUIEU y el propio HOWARD, entre muchos otros¹²⁴.

En verdad, si puede decir que la construcción del Derecho penal moderno, y de su Política criminal, se debe a la confluencia de muchas voces¹²⁵, así entendemos que sería equivocado atribuir apenas a BECCARIA el logro del cambio y el título de verdadero padre del Derecho penal moderno y humanista, así como de varios de los principios de la Política criminal moderna, como le quieren atribuir algunos autores¹²⁶.

Claro que podemos decir que él si fuera uno de los que levantó la voz en el momento más apropiado en contra los abusos del Antiguo Régimen. El hecho es que su obra tuvo gran eficacia propagandista al ambiente, y así erigió su nombre en símbolo de reforma¹²⁷.

En verdad, en una mirada desde la modernidad al libro de BECCARIA, sin negar la importancia que tuvo para plasmar conceptos que entonces eran importantes para los cambios pretendidos por los liberales, y fueron extremadamente importantes para hacer eco con las tendencias en humanizar el

¹²⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., p. 45-46.

¹²⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., p. 44-46.

¹²⁶ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 59-60: “Se ha negado la originalidad de Beccaria. El mismo se confiesa seguidor de Montesquieu, y la crítica de la justicia penal del antiguo régimen había sido hecha por Voltaire en su campaña sobre el proceso Calas. Ya hemos dicho que Beccaria fue uno de esos hombres símbolo que saben recoger las ideas de su época y cuya popularidad es precisamente motivada por la exactitud y claridad con que formulan lo que es, más o menos confuso, pensamiento general. El fuego y elocuencia con que se expresa el marqués milanés, para ‘inspirar aquella dulce conmoción con que las almas sensibles responden a quien sostiene los intereses de la humanidad’ explica la difusión e importancia del libro. Casi todas sus propuestas pasaron a las legislaciones (Según Ellero, setenta de las ochenta proposiciones contenidas en aquél han sido llevadas a la práctica, y muchas perduran en la actualidad)”.

¹²⁷ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 59.

Derecho penal, existen muchas críticas que le atribuyen una calidad inferior a su fama, pero aun así vale mucho más que su “*aspecto de escuálida o nula originalidad*”¹²⁸. El propio VON LISZT, apunta alguna mención de precursores de BECCARIA, como TOMÁS NATALE, “*cuyas raras y geniales intuiciones sobre la misión del legislador, la igualdad de las penas y su eficacia sobre el sentido moral, discrepando de Beccaria, pueden considerarse como precedentes directos de la moderna Política criminal, en su dirección realista o biológica*”¹²⁹.

De todas maneras, los conceptos estaban plasmados y a los monarcas del llamado “*despotismo ilustrado*” se debieron las iniciativas de reforma penal conforme a las ideas de los filósofos de la Ilustración. El Derecho penal del siglo XIX fue caracterizado por el humanitarismo, que ha llevado a una revisión de los castigos, un verdadero ablandamiento de las penas y suplicios, con la reserva de la pena de muerte a algunas infracciones y no como pena única, pasando a dominar el sistema las penas privativas de libertad y se desarrolla un movimiento a favor de la mejora de las prisiones. También el individualismo, reflejo del

¹²⁸ JIMENEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., pp. 253-254: Los críticos italianos modernos dicen que este libro era ‘inferior a su fama’. ‘su fortuna proviene de haber aparecido a tiempo, cuando la idea que sostenía estaba difundidísima y vivamente sentida...’ Sin disputa es ‘una obra valerosa, anti tradicional, y que bajo su fórmula de opúsculo, concebida en silogismo matemáticos, maravilló al público, habituado a ver tratar las cuestiones legales en los ‘in folio’ pedantísimos y llenos de oscuras citas latinas, que no osaba leer’.

Rodolfo Mondolfo, que empieza por reconocer también lo que se debe en la redacción de la obra de Pedro Verri – como después veremos – y que sin embargo protesta de la especie circulada profusamente de que Beccaria no hizo más que prestar su nombre (pág. 25), analiza con su autoridad indiscutible los principios filosóficos en que se basó el famoso Marqués. A su juicio ‘no solo parece en filosofía un simple partidario de las corrientes que predominaban en Francia en su época, sino uno que no había llegado siquiera a una sistematización orgánica y coherente de los elementos que aceptaba de diversas procedencias, no siempre concordantes, ni conciliables entre sí. Montesquieu y Helvétius, Condillac y Rousseau, Hobbes y Locke le suministran conceptos que él acepta y reúne sin discernir siempre críticamente si pueden confluir o divergir’ (pág. 26)

(...)

Pero el pequeño libro de Beccaria, casi un panfleto en su tiempo, vale mucho más que por su aspecto constructivo de escuálida o nula originalidad, por su valiente crítica del sistema represivo del ancien Régime (...).

(...)

No faltan autores muy serios que han investigado a fondo la vida y los tiempos de Beccaria, que nieguen al notorio milanés originalidad y arrestos. (...).’

¹²⁹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., pp. 45-46.

liberalismo político del siglo XIX hizo con que los derechos individuales impongan limitaciones al derecho de castigar, en garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad de todos¹³⁰.

La construcción del Derecho penal liberal entonces sucedió: mientras las leyes eran renovadas, el Derecho penal está siendo construido por los estudiosos con tendencias liberales, entre los que se destacan ROMAGNOSI en Italia, Jeremy BENTHAM en Inglaterra y FEUERBACH en Alemania. Se puede decir que a continuación la escuela de Derecho penal liberal prosperaba, esta escuela que más tarde se llamaría la escuela clásica¹³¹.

En cuanto a la Política criminal, se puede decir que algunos de los fundamentos y una rama de esta ciencia nacieron en Italia en esa época, como el arte "*de prevenir directamente los delitos por medidas gubernativas o administrativas*"; la "*policía o buen gobierno*", de CARRARA. El amanecer de esta nueva ciencia, aunque no hubiera sido todavía sistematizada, también si puede atribuir a ROMAGNOSI, que declaraba la "*imposibilidad de separar la justicia social y la política*". Luego FINLANGIERI formulaba los "*principios generales de la legislación criminal*"¹³².

De Italia, los fundamentos de la Política criminal se irradian a Francia, Inglaterra y Alemania y poco a poco va siendo elevada a una mayor altura, hasta alcanzar el *status* de ciencia. De origen italiano, la Política criminal "*descuidada por los escritores italianos*" se hizo alemana por adopción. En 1816, era abundante la producción de obras sobre Política criminal en ese país. Es un resurgir del racionalismo en el Derecho, y de la espontaneidad inicial sigue una reflexión científica, y su concepto como ciencia viene en seis autores alemanes:

¹³⁰ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 60-62.

¹³¹ JIMENEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., pp. 265-266.

¹³² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., pp. 46-48.

KLEINSCHROD, FEUERBACH, HENKE, RICHTER, MITTERMAIER y HOLTZENDORFF¹³³.

Según JIMENEZ DE ASÚA, la construcción del Derecho penal liberal ocurrió “mientras tanto se renuevan las leyes, el Derecho penal se construye por los científicos con acento liberal. Descuellan tres nombres: G. D. ROMAGNOSI (n. 1761, f el 8 de junio de 1835)²¹, en Italia; BENTHAM (n. 1747, f en 1832), en Inglaterra, y Anselmo VON FEUERBACH (n. el 14 de noviembre de 1775, f en 1833), en Alemania. Se inicia así y prospera la escuela del Derecho penal liberal, que más tarde había de denominarse clásica. A su impulso se construyó nuestra disciplina y se hicieron ordenados y más benignos los castigos. Sus tesis dominantes del restablecimiento del orden jurídico y de la tutela jurídica señalan una de las etapas evolutivas de este período. El más genuino representante es Francisco CARRARA (n. 18 setiembre 1805, f en 15 enero 1888), que se inspiró en CARMINAGNI, (n. 1768, f en 1847), al que siguieron TOLOMEI, BUCELLATI, ELLERO, ZUPPETTA, PAOLI, PESSINA, BRUSA, etc. (vid. infra, núm. 135). En Alemania, contemporáneo de FEUERBACH fue GROLMANN, y penalistas del clasicismo hasta 1870: KLEINSCHROD, KLEIN, J. A. MITTERMAIER, WÁCHTER, TITTMANN, ROSSHIRT, WIRTH, MARTIN, BAUER, HENKE, JARCKE, HEFFTER, KLENZE, ABEGG, MAREZOLL, LUDEN, KOSTLIN, HÁBERLIN, E. J. BEKER, GEIB, BERNER, TEMME, etcétera (vid. infra, núm. 123). En Francia predomina el eclecticismo con ROSSI, RAUTER, BERTAULD, LE SEYLLER, MOLINIER, BOITARD, TREBUTIEN, CHAUVEAU Y HÉLIE, ORTOLAN, BLANCHE, etc. (vid. infra, núm. 113). En 1878 el Derecho penal sufre otro embate revolucionario tan relevante como el de BECCARIA: ha nacido la escuela positivista, con su principio de defensa social biológica, fundada por César LOMBROSO, Enrico FERRI y Rafael GARÓFALO. Después aparece el positivismo crítico, pon Manuel CARNEVALE y Bernardino ALIMENA en Italia y Mauricio LIEPMAN en Alemania, y la escuela sociológica de Política criminal, de Franz VON LISZT, que procura actuar la prevención general y la especial con el dualismo de penas y medidas de

¹³³ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., pp. 48-52.

seguridad, que GRISPIGNI ataca por creer que hemos desembocado en una fase de predominio de la prevención especial mediante unidad de sanciones¹³⁴.

Era entonces un período donde había gran preocupación científicista, que empezara con las críticas al Antiguo Régimen en los siglos anteriores y las consecuentes reformas legislativas iniciadas, cuyos penalistas de entonces postulaban continuar al largo del siglo XIX. La influencia de la ideología del positivismo naturalista de entonces tuvo gran influencia en las legislaciones, como por ejemplo en el proyecto del Código Penal elaborado por una comisión presidida por Enrico FERRI, de 1921, cuyos estudios críticos abundan en todo en la literatura científica de todo el mundo. Nació el período de las codificaciones, cuando abundaron las recopilaciones y Códigos penales en todo el mundo.¹³⁵

Podemos resumir la evolución teórica de Política criminal de la siguiente manera, desde los albores del humanismo crítico, con raíces en la crítica formulada por la Ilustración: un primer grupo, encabezado por BECCARIA lleva a cabo una crítica a la legislación existente, que todavía tenía rasgos absolutistas. Esta es una crítica racionalista, y contaba con nombres como ROMAGNOSI y BONNEVILLE DE MARSANGY. Más tarde aparecen los autores alemanes ya citados por VON LISZT (KLEINSHROD, FEUERBACH, HENKE, RICHTER, MITTERMAIER y HOLTZENDORFF), cuya contribución buscará sistematizar los conocimientos y formar una "*ciencia de la legislación*". Es decir, un momento crítico en primero momento, seguido por un momento constructivo¹³⁶.

Sin embargo, la orientación fundamentalmente racionalista todavía se iba a transformar, ya que, según VON LISZT, carecía de base sólida¹³⁷. Comienza allí

¹³⁴ JIMENEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., pp. 265-266.

¹³⁵ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 62.

¹³⁶ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política criminal*, op. cit., p. 33.

¹³⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., p. 12: "En defecto de la primitiva dirección de la Política criminal, perteneciente al siglo XVIII (compárese arriba, § 7), es que su majestuoso edificio carecía de base sólida. Tan sólo podría hallarla, por un lado, en el conocimiento científico natural del hombre (Antropología en el más vasto sentido), y, por otro, en un Método seguro (Estadística) para la ciencia de la Sociedad".

un nuevo concepto, denominado *período realista* desde el año 1882 (cuando se publicó el llamado *Programa de Marburgo* por VON LISZT, acerca de la idea de fin en el Derecho penal)¹³⁸, donde empieza a establecerse efectivamente la Política criminal como ciencia, como ya hemos visto *supra*. Como afirma LANGLE, esta ciencia “ha podido desarrollarse merced al calor de una ciencia más sólida en sus cimientos y de una disposición más inteligente y más tolerante de los espíritus”¹³⁹.

Por lo tanto, en la concepción lisztiana, también llamada de orientación *sociológico-criminal*, la propia norma no puede ser valorada y lo que es importante es el fin en la misma, que es social, la protección de la sociedad. Así construyó VON LISZT las bases valorativas de la Política criminal y su necesaria relación con la ley. Él deja claro que el Derecho penal tiene siempre un fin, y que la crítica y que la aplicación del Derecho penal debe estar presidida por este fin. En este sentido, la Política criminal está vinculada a la Política Social de cada Estado, pues es misión del Estado contener la delincuencia (prevención / fin)¹⁴⁰, se ocupando del delincuente mismo¹⁴¹.

La lucha entre escuelas pasó, posteriormente, del terreno científico al terreno político. Fue el momento en que guerrearon las concepciones

¹³⁸ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política criminal*, op. cit., pp. 33-35.

¹³⁹ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política criminal*, op. cit., pp. 35-36: “La crisis del sistema tradicional, el ímpetu revolucionario de la escuela positiva, el renacimiento de los estudios penales, que aparecen llenos de ardor para una fecunda lucha de las ideas, han roto los viejos moldes del pensamiento, han depurado errores, han sentado principios llenos de vida, han creado instituciones reconocidamente beneficiosas para el interés de la sociedad y han hecho posible el advenimiento de una unión de los hombres, limpios de intransigente sectarismo, bajo una sola bandera que lleva esta inscripción: ¡guerra contra el delito!”.

¹⁴⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., pp. 87-88.

¹⁴¹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., p. 19: “Mientras que la política social tiene por objeto la supresión, al menos la restricción de las condiciones sociales del crimen, la Política criminal se ocupa del delincuente en particular. Es, en primer lugar, lucha contra el crimen, obrando de un modo individualizado sobre el delincuente. Exige, en general, que la defensa social, sobre todo, que la pena como pena de fin (arriba § 14) en particular se adapte, en su especie y medida, a la naturaleza propia del delincuente, procurando impedir, por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes en lo futuro. En esta exigencia reside, por una parte, el medio seguro para la apreciación crítica del Derecho vigente, y, por otra parte, el punto de partida para el desarrollo del programa de una legislación del porvenir”.

democráticas y las autoritarias. Además de la guerra en campos de batalla, también el Derecho penal sufrió los embates, desde la época de la Primera y Segunda guerras mundiales. Según JIMENEZ DE ASÚA, “El porvenir llega y en él aguarda, seguro de su incruenta victoria, el Derecho protector de los criminales que soñó DORADO MONTERO”¹⁴².

No nos vamos aquí detener en hacer una evolución histórica detallada de todas las escuelas que trataron del Derecho penal, pues tratase de materia que tiene mucho más que ver con el Derecho penal que con la Política criminal. Claro que las escuelas han tenido bastante influencia en la manera como son conducidas las políticas públicas de lucha contra la criminalidad, pero ese análisis se hará de manera especial a la medida que se los temas necesarios al desarrollo del tema se verifique.

También debemos nos acordar que está claro que las escuelas no siguen un orden estanque, sino que van sufriendo transformaciones. Así vamos apenas nombrar algunas de esas escuelas, como la Escuela Positiva de FERRI y GAROFALO, la Escuela Correccionalista de DORADO MONTEIRO, la Escuela Eclética (o Terza Scuola), la Defensa social DE GRAMMÁICA, PRINS y MARC ANCEL, el Positivismo Jurídico, normativista en BINDING y ROCCO, y Sociológico en VON LISZT (de que tanto hablamos), el Neokantismo, la Escuela de Kiel¹⁴³. Finalmente, tenemos todavía el Finalismo de HANS WELZEL y el Funcionalismo penal de ROXIN y JAKOBS, ese último muy actual y de gran importancia para los fundamentos de la Política criminal.

Como decimos, entendemos que será más didáctico tratar específicamente de las influencias de determinadas escuelas cuando de las propuestas teóricas y concreciones pues así podremos especificar los aportes específicos de cada una de estas escuelas para las tomadas de postura de cada una de las propuestas

¹⁴² JIMENEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., p. 266.

¹⁴³ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, op. cit., p. 34 y ss.

teóricas. Si tratásemos aquí detenidamente de cada escuela, seguramente no sería posible agotar sus fundamentos teóricos ni sus aportes para la construcción de las diversas posturas político-criminales de la actualidad.

CAPÍTULO II

POLÍTICA CRIMINAL:

SIGNIFICADO Y CONFIGURACIÓN CIENTÍFICA

I.- Bases metodológicas de la Política criminal

Hemos visto que el Estado tiene como una de sus funciones organizar la sociedad humana, y que la organización de los grupos sociales protege a los miembros de estos grupos en conjunto. Pero la vida social no sólo se traduce en el mantenimiento de la vida, pero en otros valores razonables. Cada sociedad política se organiza en torno a los valores que desea mantener, o identificar el grupo sobre el otro, creando armonía y cohesión, incluso mediante la entrega al sentimiento nacional cuando la formación de un Estado. Es decir, aparte del entorno social específico, el desarrollo mismo de la Ley tiene en cuenta su impacto en la realidad social¹.

Así, los entes que van a formar una sociedad renuncian al individual para poner sus libertades en manos de un único cuerpo. Tratase de una restricción en sentido de buscar la propia preservación social, observando las leyes y pactos que son aceptadas por el conjunto social².

¹ BORJA JIMENEZ, Emiliano. “Sobre el concepto de Política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, *ADPCP*, vol. LVI., 2003, p. 120: “Es sabido que la moderna elaboración del Derecho penal, entendido como disciplina, pasa por su construcción sistemática tomando en consideración sus repercusiones en el plano de la realidad social. La creación de cada una de sus instituciones, principios y conceptos, no contempla exclusivamente la ley penal de la que deriva, sino también su aptitud funcional para resolver problemas de la existencia humana. A esta forma de concebir la metodología en las ciencias jurídico-punitivas se le ha denominado Derecho penal orientado a las consecuencias, y coincide con las conocidas tesis del funcionalismo, que atiende a los fines de la pena como criterio rector de interpretación y sistematización de los preceptos y categorías de la ciencia penal”.

² HOBBS, Tomas, *Leviatán*, traducción de Antonio ESCOHOTADO, Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 263: “La causa final, meta o designio de los hombres (que aman naturalmente la libertad y el dominio sobre otros) al introducir entre ellos esa restricción de la vida en

Ese cuerpo social que tiene el monopolio de dirigir la sociedad en busca de la armonía, cohesión, lo hace a través de la Política, como uso institucional del poder. Y la Política constituye uno de los conocimientos científicos que indican finalidades objetivas de conducta humana, en sentido de realizar una legalidad normativa. Pero también es técnica, pues busca formas adecuadas para reaccionar al quebrantamiento de sus normas³.

El poder penal, ejercido por el Sistema penal es un instrumento poderoso de control social, que el Estado debe usar para mantener cohesionada la sociedad. Es un “poder de coacción” usado para impedir la desagregación del grupo, se revelando como instrumento para conservación del poder. Y lo que caracteriza el uso de la fuerza es el monopolio de su uso, que es el propio “proceso de criminalización y penalización” ejercido por la Política criminal⁴.

Así, la Política criminal es una de las formas de ejercicio de la Política del Estado, designando la estructura estatal de conducción concerniente al fenómeno criminal, incluso de acuerdo con la base ideológica que explica las estrategias tomadas. En las palabras de Emiliano BORJA JIMENEZ: “Una de las formas de exteriorización de la política es la denominada Política criminal. Desde este entendimiento, la Política criminal designa al planteamiento que, desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal. La seguridad ciudadana, los derechos de los sospechosos, procesados o condenados, el sistema de justicia o de la delincuencia juvenil, entre muchos otros, son algunos ámbitos de la vida social que necesitan una

repúblicas es cuidar de su propia preservación y conseguir una vida más dichosa; esto es, arrancarse de esa miserable situación de guerra que se vincula necesariamente (como se ha mostrado) a las pasiones naturales de los hombres cuando no hay poder visible que los mantenga en el temor, o por miedo al castigo atarlos a la realización de sus pactos y a la observancia de aquellas leyes de la naturaleza (...).”

³ KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis LEGAZ LACAMBRA, Editorial Labor, Barcelona, 1934, p. 35.

⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005, pp. 18-19.

respuesta por parte de los poderes públicos. La presentación de estas problemáticas, la argumentación utilizada en las propuestas de solución, la base ideológica que explica las respuestas que se aportan, constituyen un marco de decisión que se halla dentro de lo político. Y así, desde el punto de vista político, la Política criminal ha sido entendida como un sector de la política que está relacionado con la forma de tratar la delincuencia. Es decir, se trata de un ámbito de decisiones, de criterios, de argumentaciones que se postulan en el plano teórico o práctico para dar respuesta al fenómeno de la criminalidad”⁵.

Siempre habrá quienes rechazan las normas en la sociedad, y aunque la necesidad de combatir el crimen es algo inequívoco en cualquier sociedad, ese es un fenómeno normal, y por eso implica en una parcela de la política del Estado. Según DURKHEIM, “el crimen es, por tanto, necesario. Está vinculado a las condiciones fundamentales de toda vida social, y por eso mismo, es útil: pues esas condiciones de las que es solidario, son a su vez indispensables para la evolución de la moral y del derecho”⁶.

Así la Política criminal, según KLEINSCHROD, que fue el primero autor a tratar de su concepto, es el “conocimiento de medios que el legislador puede y debe hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir delitos (...)”⁷. Y después FEUERBACH la definió como “sabiduría legislativa del Estado”⁸. O sea, su metodología es, de manera sencilla, la labor del legislador en concebir normas que traten de las cuestiones criminales o delictuosas.

⁵ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 19-20.

⁶ DURKHEIM, Émile, *Las reglas del Método Sociológico*, Edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 195.

⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASÚA, 3ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, pp. 52-53.

⁸ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, traducción de Miguel IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Jaén, 1979, p. 2.

En la propia definición de Franz VON LISZT, considerado el padre de la moderna Política criminal, se dice que es un conjunto métodos racionales en sentido social global, de combatir la delincuencia⁹. El gran autor alemán trata de reconocer los límites del Estado para establecer su estrategia de lucha contra el delito¹⁰. Aún según VON LISZT, la Política criminal es concebida como el “contenido sistemático de principios – garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena –, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución”¹¹. Así está claro el carácter sistemático y metodológico de la Política criminal, como conjunto de principios y su objetivo.

Para Heinz ZIPF, la Política criminal es parte de la teoría de la legislación, debiendo ser orientada por líneas argumentativas racionales, con practicidad y efectividad en la persecución penal, conforme la ética y viabilidad. La eficacia debe materializarse en la búsqueda y el logro de maneras simples y objetivas¹², siendo todos los partícipes del proceso de establecimiento de las normas penales responsables por su implementación.

La Política criminal y la dogmática jurídico-penal son, por tanto, partes de un mismo sistema, y la Política criminal trata de proporcionar el ambiente para discusión y revisión en el Derecho penal, conforme la ideología del Estado y los ideales jurídicos que permean el ambiente social¹³.

⁹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASÚA, op. cit., p. 54.

¹⁰ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, op. cit., p. 29.

¹¹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASÚA, op. cit., p. 62.

¹² ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., pp. 20-21.

¹³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 237-238: “La Política criminal es aquella parte de la política general del Estado que se ocupa de la delincuencia, la criminalidad y su tratamiento. Concebida tradicionalmente como la lucha del Estado contra la delincuencia, se oponía al Derecho penal entendido como conjunto de garantías que limitaban el poder punitivo estatal. Mientras la Política criminal incluía todas las medidas estatales tendentes a aniquilar la delincuencia, el Derecho penal suponía un freno, en la medida en que, como conjunto de normas, limitaba el poder punitivo estatal. (...) Hoy no es concebible esta contraposición. La propia existencia de la dogmática penal, como hemos visto, es una exigencia

También José ANTÓN ONECA nos pone de manera clara la metodología de la Política criminal, como “crítica de las instituciones vigentes y preparación de su reforma, conforme a los ideales jurídicos que van se constituyendo a medida que el ambiente histórico cultural sufre modificaciones”¹⁴.

Desde una mirada del punto de vista de deontología del Derecho penal que acreditamos tener la Política criminal (como expuesto en el capítulo I), ya que estudia el sistema penal vigente para determinar sus necesarias transformaciones, su metodología debe ser el propio estudio de la legislación jurídico-penal, así como los aportes de visiones críticas desde el punto de vista del ambiente político-ideológico e histórico-social que permean la sociedad donde será aplicada.

II.- Funciones de la Política criminal

La Política criminal es al mismo tiempo fuente de la legislación penal, instrumento de lucha contra el delito y, todavía, parte de una Política general del Estado, permeando todo el contexto de la justicia penal y de situaciones concretas. Transciende, así, los límites de la Ley penal, llegando a otros medios de control social.

Sus principios fundamentales deben nortear la conducción del control social, proporcionadamente, buscando integración del programa que quiere

político-criminal. Y el respecto a las garantías y derecho individuales el valor fundamental sobre el que se asienta el Estado de Derecho. Ni es posible concebir un Código Penal al margen de las exigencias político-criminales ni una Política criminal al margen de las garantías individuales (...).”

¹⁴ ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*, 2ª edición, Akal, 1986, p. 25.

desarrollar, así como una postura crítica en relación a la conveniencia de la conducción de la Política general del Estado que trata de temas penales¹⁵.

La postura tradicional defendía una nítida limitación entre la Política criminal y el Derecho penal, especialmente en VON LISZT, con su conocida frase de que “el Derecho penal es la barrera infranqueable de la Política criminal”. Hay voces discordantes que entienden que la Política criminal y el Derecho penal están entrelazados, como VON HIPPEL, que entiende la Política criminal como contemplación de la eficacia del Derecho penal bajo el prisma o punto de vista de su finalidad¹⁶.

La verdad es que la Política criminal y la Dogmática penal dependen entre sí, debiendo actuar conjuntamente. Según ZIPF, “la dogmática se considera en su función como medio para afianzar una aplicación del Derecho diáfana, previamente determinable y, con ello, controlable; sirve a una aplicación del Derecho segura y uniforme, y es con ello un medio para la racionalidad del Derecho y un límite contra la arbitrariedad”. O sea: la dogmática pasa por un proceso de refinamiento, dejando de ser finalidad en si para adquirir una función en la concepción general de la administración de la Justicia¹⁷.

El método que siempre fue utilizado por la Dogmática Penal, sobre todo antes del citado proceso de refinamiento de la misma, estableció un cierre de la propia Dogmática. Desde la obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política criminal y Sistema Penal Derecho) de ROXIN, hubo un giro en esa concepción, a través de las críticas de ese jurista a esta actitud ensimismada, o la falta de una mirada hacia la realidad social y las necesidades político-criminales en dogmática. Es decir, para evitar el ensimismamiento de la Dogmática Penal, propuso la construcción de un modelo teórico teniendo en cuenta las

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *Política criminal y Persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 26-27.

¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 33.

¹⁷ ZIPF, Heinz, Introducción a la Política criminal, op. cit., p. 7.

consecuencias político-criminales en cada categoría, principio o institución penal dogmática¹⁸.

La discusión actual sigue girando alrededor de donde se encuentra la Política criminal en la estela del Sistema del Derecho penal. Hay varios emplazamientos doctrinales sobre la estructuración de estas dos categorías¹⁹, pero nos parece correcta ponderación ANTÓN ONECA, donde señala que la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal se superponen y complementan, siendo aspectos de la misma Ciencia del Derecho penal²⁰.

La Política criminal puede ser reconocida con dos aspectos, uno crítico y otro constructivo. El primero acerca de la indagación crítica acerca de oportunidades de incriminaciones, agravantes, atenuantes, sobre la pena, y sobre las tendencias de la sociedad; el último sobre las reformas que deben aportarse y cuáles los mejores medios para manifestar esos aportes²¹.

Cierto es que la Política criminal, así, actúa en la aprobación de varias formas de combate a la delincuencia, sea preventiva o represiva. Se manifiesta en una serie de instrumentos que tiene por objetivo asociarse a la comprensión del fenómeno criminal, con intuito de prevenir su manifestación o su reiteración. Así, llegamos a dos conclusiones, por un lado, está claro que la Política criminal no se limita a las medidas jurídico-penales, tratando también de todo el control social; por otro lado, la Política criminal deja sus huellas por todo el Derecho penal²².

En definitiva, la Dogmática y la Política criminal se complementan, manteniendo su autonomía. La Política criminal hace con que la Dogmática se

¹⁸ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, op. cit., p. 30.

¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, op. cit., pp. 33-34.

²⁰ ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2ª edición, Akal, 1986, p. 24-25.

²¹ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1927, pp. 25-26.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *Política criminal y Persona*, op. cit., pp. 22-23.

acerque de la realidad social para desarrollar su función. Cada concepción sistemática del Derecho penal, o teorías para explicar esa sistemática, representan la propia visión político-criminal del tiempo y espacio en que se desenvuelve teóricamente, y así la Política criminal tiene como función precípua establecer los modelos de prevención y lucha contra el crimen, se limitando en si misma (en un Estado de Derecho) en la tarea de combatir la delincuencia, respetando los derechos y libertades de los ciudadanos²³.

Desde la concepción de VON LISZT, la Política criminal ya era comprendida como un medio para supresión y represión al delito, sin dejar de ser una parte de la Política general del Estado, tanto que ya se discutía la cuestión de las penas privativas de libertad de corta duración. O sea: la función de la Política criminal ya era una función crítica del Derecho vigente, buscando un desarrollo de la legislación del porvenir. Está, así, clara la función de la Política criminal, como ya dijimos, de deontología del Derecho penal vigente, visando mejorarlo, discutirlo, desarrollarlo²⁴.

En verdad, si puede hablar de dos fines de la Política criminal: un general que solamente se sostiene en un Estado Democrático de Derecho, y a través de los principios que vamos a desarrollar mejor en los próximos capítulos, y que obviamente son relativos, de acuerdo con el tipo de sociedad que se analiza, y que trata de la realización de los derechos fundamentales que forman parte de este Estado²⁵, o la “búsqueda de seguridad para que el ciudadano pueda realizar sus potencialidades”; y un fin específico, que trata de la relación de la Política criminal con otros medios de control social, vinculados con la concepción de desviación social y delincuencia²⁶ – o sea, a propia prevención de la violencia de que ya hablaba VON LISZT.

²³ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, op. cit., pp. 30-32.

²⁴ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASÚA, op. cit., pp. 19-20.

²⁵ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, pp. 24-37.

²⁶ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., pp. 37-44.

III.- Instrumentos político-criminales

También en la obra de Franz VON LISZT encontramos algunos elementos que él llama “restricciones”, y aquí entendemos como limitaciones que debe tener el Sistema penal cuando de la ejecución de pena, sin perjuicio de otros instrumentos político-criminales que veremos en seguida. Son esos: la imposibilidad de abandonar, sin protección, al interés general, la libertad del individuo; que la legislación debe tener en cuenta las concepciones jurídicas tradicionales del pueblo; tener en cuenta los efectos sociales de la pena sobre la comunidad; el conocimiento de que el crimen tiene su raíz profunda en las circunstancias sociales²⁷.

Debemos resaltar que aquí estamos hablando de instrumentos que deben nortear la aplicación de la pena, o sea, ya en un momento posterior a la existencia del delito, pero no menos importante que toda la actuación de la Política criminal como elemento de la Política general del Estado y como crítica de la legislación, como ya dijimos. Hay que tener eso en cuenta pues son instrumentos importantes, es decir, el efecto de la pena sobre el delincuente sí importa, y mucho, para la evolución de la justicia penal²⁸. La improvisación, la arbitrariedad, la irracionalidad no pueden hacer parte del Sistema penal.

La verdad es que no hay una Política criminal sin presupuestos. Hay siempre una incorporación al marco de referencia de la situación estatal y de ordenación de los dictámenes constitucionales, y – por supuesto – así siempre hay caracteres ideológicos. Quienes quieran determinar los principios fundamentales de la Política criminal de determinado Estado deberá, a priori,

²⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASÚA, op. cit., pp. 29-30.

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1990, p. 140.

comprender el concepto básico y específico de aquél propio Estado, así está claro que no hay una fórmula única y general para determinar la concepción del instrumento político-criminal²⁹.

Instrumento importante en el ámbito de la concreción de las Políticas criminales de un Estado es el estudio de la Criminología³⁰, que debe suministrar información válida y eficaz sobre el fenómeno criminal. Las cuestiones relativas a las estrategias para prevenir y hacer frente al delito quedarían fuera, formando parte de la Política criminal, por su aspecto decisionista y de oportunidad política, elaborando una propuesta en el ámbito decisorio para intentar solucionar el conflicto en el marco criminal³¹.

Ya sabemos que es Política criminal la hechura de nuevas leyes que tratan de delitos y penas, o sea, de la parte administrativa del Estado que cuida de lo penal, sea una sustitución de pena, sea una nueva ley penal que cambia el tiempo de castigo por homicidio, o la ejecución de medidas de seguridad. Lo que nos cabe preguntar es si es posible – y como se lo haría – contar con criterios político-criminales para las decisiones, o sea, instrumentos prácticos³².

La verdad es que se presta escasa atención a la problemática relacionada con la creación del Derecho en general. En el contexto penal eso es especialmente grave, y ahí la necesidad de reorientar nuestra atención hacia la

²⁹ ZIPF, Heinz, Introducción a la Política criminal, op. cit., pp. 23-24.

³⁰ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, op. cit., p. 61.

³¹ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, op. cit., p. 62.

³² SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 23-24: “El contenido de esta investigación se podría resumir así: hay tres enunciados básicos de la Política criminal, basados a su vez en otros tantos radicales humanos. En primer lugar, la *socialidad* humana, sobre la que se basa el *principio de seguridad* en cuanto ‘necesidad de tutela de la vida social’. En segundo lugar, la *libertad* humana y la consiguiente exigencia de normas para la conducta, y que fundamenta el *principio de legalidad*. En tercer lugar, la *dignidad* humana, sobre la que se enuncia el *principio de respeto de la dignidad*. Dichos tres enunciados, en un plano *iusfilosófico* (primera parte), constituyen principios. Los cuales se hallan en tensión entre sí, dando lugar a diversas reglas más concretas y viables mediante operaciones de ponderación, como se describe en un plano tópico (segunda parte). A su vez, en un plano *dogmático* (tercera parte) permiten legitimar instituciones básicas como son la pena, la imputación y los bienes jurídico-penales”.

creación legislativa es todavía más urgente, además por las funciones sociales significativamente distintas que tiene la legislación penal. Esa ejerce un papel de control social intenso y grave – de ahí la necesidad de un objetivo inmediato de crear un modelo de legislación la aproxime del decisionismo racional y ponderado³³.

Según DIEZ RIPOLLÉS, “este modelo estaría integrado por dos planos superpuestos. El primero, dinámico u operacional, debería ser capaz de describir y analizar críticamente el concreto funcionamiento del proceder legislativo: tras una previa identificación de las diferentes fases y subfases en que éste tiene lugar y sus respectivos límites, habría de prestar especial atención a las actividades desarrolladas en cada una de ellas, así como a los agentes sociales que las impulsan, detectando las quiebras discursivas o condicionamientos que dan lugar a distorsiones importantes. El segundo, prescriptivo, debe establecer los contenidos de racionalidad que han de ser tenidos necesariamente en cuenta en todo proceder legislativo: tras la selección de los diversos criterios de racionalidad a considerar, y una vez establecida su secuenciación e interrelación, deberá asegurar su puesta en práctica mediante su desagregación en principios o reglas más específicos y susceptibles de utilización en la actual realidad legiferante, así como distribuirlos adecuadamente a lo largo de las diversas fases operativas, estando, así, en condiciones de identificar violaciones de tales exigencias de racionalidad”³⁴.

El autor también no olvida de dejar claro que hay que tener condiciones de ejercer un control de legitimidad de las decisiones legislativas penales. “Control que no debería limitarse a la verificación del cumplimiento de las formalidades competenciales y secuenciales previstas para la elaboración legislativa en la Constitución, las leyes pertenecientes al bloque de constitucionalidad o las

³³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-14.

³⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, op. cit., p. 15.

prácticas sociales consolidadas, sino que debería comprobar si se han respectado a lo largo de todo el proceso en una medida aceptable los parámetros de racionalidad exigibles”³⁵.

En definitiva, analizando todo el contorno que cerca los instrumentos político-criminales, desde la crítica a la legislación vigente, pasando por análisis criminológicos, instrumentos dogmáticos, discusiones sobre la pena, el instrumento que está más claro como exclusivo de la Política criminal, en especial para el presente trabajo, es el instrumento legislativo. Y su desarrollo debe obedecer diversos criterios, desde la Constitución, los principios constitucionales y propios de la Política criminal e del Derecho penal, pero también una racionalidad, o al menos el desarrollo de criterios razonables y ponderados que permitieran hacer un análisis crítico de la producción legislativa penal³⁶.

IV.- Procesos y actores en la construcción de la Política criminal

El proceso de construcción de la Política criminal es algo profundamente complejo, como es la construcción de cualquier Política del Estado. En lo que se refiere a la parte general de esa, también llamada primaria, podemos nos referir a los entes oficiales que actúan en la Política criminal: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Es que la hechura, crítica, análisis, iniciativa, verificación constitucional ocurren en el ámbito de los órganos oficiales del Estado.

Claro que, como en cualquier otro ámbito político, los medios de comunicación, la población en general, los grupos organizados, las entidades de

³⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, op. cit., pp. 15-16.

³⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, op. cit., p. 16: “Ciertamente resulta incongruente que el control decisional haya quedado confinado al ámbito de la aplicación del derecho, mientras que su proceso de creación haya conseguido eludir hasta el momento cualquier control material, y aun formal, digno de mención”.

clase, entre otros, toman parte en el proceso de construcción de la Política criminal, pero es importante analizar qué papel juegan algunos actores en ese proceso, pues si nos adentrarnos a la cuestión del proceso en sí, adentraríamos en un campo demasiado complejo, así, que se sepa que toda la participación de los actores que nos vamos a referir implican procesos complejos, de que las bases debemos tentar comprender a partir del análisis de esos mismos actores. Para eso, usaremos la clasificación de TAMARIT SUMALLA ³⁷, que nos parece suficientemente didáctica y clara.

La cuestión de los actores que participan del proceso político-criminal es importante pues, en una visión global, ellos son los que tienen los roles de tomada de decisión a través del cual la Política criminal se expresa. Y, así como al estudiarnos los mecanismos de control social, hay actores primarios y actores secundarios, los primeros de competencia formal, miembros del Estado; los últimos con poder de hecho para cambiar los rumbos de la Política criminal³⁸.

La existencia misma de los dos grupos de actores que influyen en la Política criminal es una clara manifestación de la creciente complejidad del proceso político en nuestros tiempos, con un poder cada vez más disperso, que no está solamente en manos de los actores oficiales, sino que, también plasmados en el seno mismo de la sociedad, sea en grupos organizados, sea en medios de comunicación o medias sociales. Eso nos lleva a comprender ese proceso de toma de decisiones como algo profundamente complejo, basado en el desarrollo de redes entre varias organizaciones estatales y no estatales, aunque en materia de Política criminal el monopolio de imposición y ejecución de castigos sigue siendo estatal, el discurso y la atención a los roles de los actores no-estatales también ha llegado a un nivel extremadamente importante, especialmente en

³⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, Universidad Oberta de Catalunya, pp. 26-30.

³⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 26.

determinada Políticas de seguridad relacionadas a sectores de prevención y control de criminalidad³⁹.

Entre los actores primarios, u oficiales, es importante señalar el propio gobierno, o el Poder Ejecutivo. En los sistemas constitucionales actuales, muchas veces, es del Poder Ejecutivo el protagonismo en la iniciativa de diversas leyes penales, así como muchas veces tiene gran influencia en el impulso legislativo que reciben los proyectos de leyes. Sin embargo, en distintos países, distintos son los niveles de participación del Ejecutivo, algunas veces siendo el mayor protagonista, otras participando en el proceso, pero siempre estará presente en el proceso de la Política criminal, sea en iniciativa, impulso legislativo, sea en la formación de comisiones ministeriales, inter-ministeriales, o con consulta a representativos sociales o de comunidades científicas⁴⁰.

El segundo actor primario importante para la construcción de la Política criminal es el Poder Legislativo. Se trata, antes de todo, de un órgano que representa la soberanía popular, y por lo tanto debería representar toda la sociedad al aprobar leyes penales. La Ley representa la descripción exhaustiva de decisiones político-criminales que van a ser aplicadas por el sistema judicial criminal. Es de extrema importancia comprender el desarrollo de la materia en un órgano de tanta complejidad, tanto en la preocupación con las nuevas cuestiones criminales, cambio de estrategias de combate al crimen, y también en el proceso de producción de consenso en la elaboración legislativa⁴¹.

Hay que decir que, en países de extensión continental como Brasil, por ejemplo, el Congreso Nacional tiene una composición demasiado heterogénea, lo que dificulta delimitar algunos ámbitos de discusión – eso no significa que la

³⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 26.

⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 26.

⁴¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 27.

heterogeneidad sea un mal para la democracia – al revés, pero muchas veces crea dificultades en la convergencia de ideas sobre Políticas demasiado complejas, lo que puede reducir de alguna manera la efectividad de la toma de decisiones legislativas.

También en Europa crece la complejidad de lo que podemos llamar diálogos parlamentares, ya no se trata solamente de un límite constitucional a la producción legislativa de los países, sino que, por ejemplo, la enorme cantidad de legislaciones comunitarias que muchas veces se imponen a los países miembros de la Comunidad Europea⁴².

Es importante una vez más resaltar que el Derecho penal se mantiene, como siempre, anclado en postulados libertarios, y – por eso – es de quedarse desconfiado cuando hay el uso de poderes públicos oficiales que desestabilicen el sistema de garantías constitucionales que hacen con que se limite el uso del poder penal, de ahí nuestra gran preocupación con los rumbos del trabajo de los órganos legislativos⁴³.

⁴² DIEZ RIPOLLÉS, José Luís, Presupuestos de un modelo racional de legislación penal, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa, n. 24, pp. 8-9: “(...) se ha producido una notable transformación de las *fuentes de creación del derecho*. Ya no se trata sólo de constituciones materialmente enriquecidas, que privan a la legislación ordinaria de hecho, y no de un puro modo formal, de su carácter supremo e incondicional, sino de otro conjunto de fenómenos: En buena parte de Europa una cada vez más extensa legislación comunitaria se impone al legislador nacional pese a no proceder de un órgano legislativo, sin exigir refrendo parlamentario alguno y sin que cualesquiera teorías sobre distribución de competencias o delegaciones de soberanía puedan ocultar el hecho de que el legislador interno se encuentra cada vez más ante una situación de hechos consumados. En un plano distinto, el carácter único de la ley ha sufrido una alteración decisiva, tanto con la configuración del estado autonómico, que ha introducido una pluralidad de legisladores, como con la inserción de una jerarquía entre las leyes –estatutos de autonomía, leyes orgánicas, ordinarias–, disimulada con frecuencia mediante criterios de competencia. A ello debe añadirse la marcada relevancia que han adquirido las llamadas fuentes sociales del derecho, que terminan siendo ocasión para la aprobación de unas leyes previamente pactadas por los agentes sociales al margen del parlamento”.

⁴³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luís, Presupuestos de un modelo racional de legislación penal, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 11: “En lo concerniente a la transformación histórica producida en el estado de derecho, no puede olvidarse que el Derecho penal se ha mantenido durante los dos últimos siglos firmemente anclado en postulados básicos del estado de derecho liberal originario: Especialmente destacable es la persistencia de una profunda desconfianza hacia el uso por los poderes públicos de un instrumento jurídico tan poderoso como el derecho criminal, que sienta las bases para el mantenimiento de un conjunto de

DIEZ RIPOLLÉS ha trabajado en su artículo la cuestión de la racionalidad legislativa⁴⁴, llegando a la conclusión de que ese análisis racional es insuficiente fuera del contexto jurisdiccional. Eso habría llevado a un exceso de poder de la jurisdicción sobre el Poder Legislativo, quizá debilitado por la dificultad de consenso (el caso de Brasil), o por la gran cantidad de normas comunitarias (el caso de Europa).

Eso todo llevaría a un modelo estático de Estado de Derecho, frente al cual se debería defender la autonomía de los poderes y la elaboración de un modelo racional eficiente para la Política criminal, basando sus proposiciones en HABERMAS, fundados en pautas ético-políticas y exigencias de efectividad y eficacia, de consistencia y comunicabilidad⁴⁵.

Las condiciones de producción de normas legítimas es la gran cuestión aquí, lo que seguramente hace parte del espectro de los procesos políticos. Tratase de un proceso de argumentación y que presupone comunicación de manera eficiente, y demanda un profundo estudio de Sociología de la democracia, para que no se limite el proceso de creación de normas apenas entre procedimientos políticos, y pueda ser trabajado de manera plenamente democrática⁴⁶.

principios garantistas que permean toda la exigencia de responsabilidad penal, y que son objeto de periódicos intentos de desestabilización (...)"

⁴⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luís, Presupuestos de un modelo racional de legislación penal, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit.

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 27.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen, *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, Polity Press, Oxford, 1996, pp. 287-288: "The question about the conditions of legitimating genesis of law has turned the spotlight on legislative politics, which is one part of the broad spectrum of political processes. Taking the perspective of legal theory, I have described legislative politics as a process that includes several different forms or argumentation as well as bargaining. In the demanding conditions of fair procedure and the presuppositions of communication that undergird legitimate law-making, the reason that posits and tests norms has assumed a procedural form. At present, it is unclear how this procedural concept, so freighted with idealizations, can link up with empirical investigations that conceive politics primarily as an arena of power processes. Such investigations analyse the political sphere in terms of strategic interactions governed by interests or in terms of systemic

La palabra de que deriva el vocablo “jurisdicción” tiene una carga semántica importante, ya que *iurisdiction* significa “decir el Derecho”, y es justamente la función del poder judicial. La aplicación de las previsiones legales al caso concreto tiene una función transcendental. El juez no es simplemente un ejecutor de la voluntad legislativa, sino que tiene como labor la interpretación de las leyes, que proyectan valores sociales, así abren espacios de discrecionalidad que verdaderamente consisten en un manejo de la Política criminal del Estado⁴⁷.

Tanto que se puede cuestionar la validez de algunas decisiones legislativas, especialmente en el Tribunal Constitucional, con apoyo en principios constitucionales. Un excelente ejemplo es en principio de la proporcionalidad, que implica en un control de proporcionalidad previo (legislativo) y posterior (judicial). Además del ámbito constitucional, la jurisdicción juega un papel garantizador de la vigencia de algunos principios⁴⁸. No hay dudas que el Poder Judicial es uno de los actores primarios de la Política criminal.

Por último, no se puede olvidar de los agentes de la ejecución penal como actores primarios de la Política criminal, ya que el proceso mediante el cual se establece la respuesta penal al delito no finaliza con la imposición de pena, sino que, con la ejecución de la misma, donde intervienen distintos agentes en el

functioning. As I understand it, this question does not imply an *opposition* between the ideal and the real, for the normative content I initially set forth for reconstructive purposes is partially inscribed in the social facticity of observable political processes. A reconstructive sociology of democracy must therefore choose its basic concepts in such a way that it can identify particles and fragments of an ‘existing reason’ already incorporated in political practices, however distorted these may be. This approach does not need a philosophy of history to support it. It is premised simply on the idea that one cannot adequately describe the operation of a constitutionally organized political system, even at an empirical level, without referring to the validity dimension of law and the legitimating force of the democratic genesis of law”.

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 27.

⁴⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luís, *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 14.

proceso de decisión respecto al sistema de cumplimiento de la pena, así como los profesionales que facilitan la justicia restaurativa⁴⁹.

Pero es verdad que en sociedades de gran complejidad como las actuales, los procesos de decisiones también son muy complejos, y en él intervienen núcleos de decisiones que nada tienen que ver con cualquier carácter estatal. Son grupos potencializados por el carácter emocional que toma parte del debate político criminal y acaban por influir enormemente en la toma de decisiones, como los grupos de presión y los medios de comunicación de masas, que conducen el emocional colectivo en diversas situaciones.

Los grupos de presión que se forman para instrumentalizar los reclamos de determinados grupos sociales son un fenómeno que está presente en casi cualquier sociedad, con tejidos más o menos complejos, y actúan en un *lobby* junto a los grupos actores primarios⁵⁰.

También el rol de los medios de comunicación ha sido de gran importancia en relación a la delincuencia, especialmente en tres líneas de investigación: el efecto de los medios en el comportamiento delictivo; el efecto de los medios en la construcción del miedo al delito; y el modo en que la representación de la delincuencia en los medios puede influir en la Política criminal, siendo ese último los que más nos interesa.⁵¹

Se refiere a la manera como los medios actúan en el proceso de *agenda-setting*, como formadores de opiniones públicas que determinan el *policy-making*

⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 28.

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 29.

⁵¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 29.

process. O sea: terminan siendo los grandes fijadores de prioridades en el ámbito de la Política criminal del Estado⁵².

Nos parece claro que es imposible alejar completamente la Política criminal de las influencias de esos actores secundarios, además en un ambiente de enorme complejidad en que se tornó nuestra sociedad, pero hay que haber líneas generales para diseñar los programas de Política criminal. Según TAMARIT SUMALLA, “una Política criminal racional de base empírica se fundamenta en el conocimiento de las causas de la delincuencia y en la capacidad de incidir sobre las mismas mediante decisiones estratégicas”⁵³.

⁵² TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 29.

⁵³ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 35.

CAPÍTULO III
POLÍTICA CRIMINAL EN EL
ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO:
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE POLÍTICA CRIMINAL

I.- Política criminal en el Estado Social y Democrático de Derecho

Nos parece claro que toda Política está relacionada con una ideología. Delimitar el ámbito de la Política criminal, así, también es identificar corrientes ideológicas que vienen a influenciarla. No se trata de describir sistemas complejos, sino apenas identificar corrientes orientadoras que proporcionen una posibilidad de análisis de la Política criminal de determinados Estados. Así, para analizar la necesidad de seguridad actual, nos limitaremos a tres ejes fundamentales: libertad, igualdad y autoridad¹.

También debemos tener en cuenta que toda la Ciencia Penal tiene una relación atormentada con la Política, pues es la rama del Derecho que más tiene que ver con la irracionalidad – el Derecho penal trata de disciplinar comportamientos irracionales y prescribe sanciones irracionales². Entendemos que así, el Derecho penal tiene mucho que ver con la irracionalidad, pero depende del programa o sistema punitivo que se adopte³.

¹ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 26.

² DONINI, Massimo, *La relación entre Derecho penal y Política: Método democrático y método científico*, traducción de Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, in ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán, *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: en análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 71.

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERO BANDRÉS, editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 101 y ss.

De todas formas, establecer una fundamentación constitucional para la Política criminal (y, por consecuencia, al Derecho penal) es tarea que exige un análisis de las condiciones en el ambiente democrático-ideológico que le viabilizan. Hay que tener en cuenta que el Estado de Derecho moderno nace con la afirmación del principio de legalidad (que estudiaremos a seguir).

Nuestra era tiene como contexto una idea de contrato social revitalizado, que legitima el orden social. Parece paradójico ese contexto, además en un ámbito de fuerte integración cultural y globalización, pero es cierto que se puede obtener un cierto consenso sobre cuestiones políticas centrales – en nuestro caso en la Política criminal. De todas maneras, una sociedad que posee una Constitución democrática, esa es la norma legal que determina el contenido del contrato social, condicionando históricamente los actores de la Política criminal estatal⁴.

Según enseña DIEZ RIPOLLÉS: “La profunda imbricación entre Poder y Derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado sustancialmente a describir el *procedimiento* acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino interesado en asegurar que ésta persiga determinados fines, que sin duda trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden o la paz públicos”⁵.

Los intereses de los miembros de la sociedad entran en conflicto constantemente, y por eso la necesidad de un *contracto* o una regla mayor que pueda servir de marco general, posibilitando una extensión de la discusión de las cuestiones sociales y de los acuerdos sociales a ámbitos hasta ahora “no siempre insertos suficientemente en el contrato sociales” – hay, quizá debido a una mayor

⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Política criminal y Derecho penal: Estudios*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 13-14.

⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Política criminal y Derecho penal: Estudios*, op. cit., p. 15.

complejidad de la sociedad civil, nuevas órdenes de convivencia social en los cuales la legitimidad deriva del consenso social que los soporta⁶.

De ahí la necesidad de una ética política que nos sea superior y que regule la vida en sociedad. Claro que cada sociedad tendrá sus propios fundamentos morales y éticos⁷, así como obedecerá a determinada ideología.

La Política criminal crea leyes dentro de un Estado en un momento dado, hay un equilibrio de las relaciones que se desarrollan en su interior. Y es de esta manera como se llega a concebir un sistema de Derecho penal correspondiente a la orientación política del Estado⁸.

Para un mejor estudio de la manera como la Política criminal puede organizarse de acuerdo con sociedades distintas, hablaremos en sociedades con Derecho penal liberal, socialista, totalitarista y otros ejemplos. Eso, por supuesto, refleja una cierta imprecisión en el uso de los términos ya que se mezclan sistemas económicos con sistemas políticos. Aun así, entendemos que se expresa una realidad: el Derecho penal está determinado por la orientación filosófica de quienes detengan el poder.

A) Política criminal en el Estado Liberal

Como ya hemos visto, especialmente en el Antiguo Régimen, muchas veces el objetivo de los que detenían la titularidad personal del Estado (especialmente en la monarquía) era usar y abusar del poder para obtener sus fines personales y mantenimiento del régimen, utilizando especialmente la fuerza

⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Política criminal y Derecho penal: Estudios*, op. cit., pp. 15-16.

⁷ HOSPERS, John, *La conducta humana*, traducción de Julio CERON, editorial Tecnos, 1979, Madrid, p. 499 y ss.

⁸ HOSPERS, John, *La conducta humana*, traducción de Julio CERON, op. cit., pp. 504-505.

e intimidación. Al largo de la historia de las democracias occidentales, eso se fue cambiando, habiendo el reconocimiento de ciertas libertades a los ciudadanos, especialmente delante de eventual injerencia del Estado⁹.

La idea de liberalismo, que se remonta a finales de la Edad Media se caracteriza por importantes conquistas al largo de los siglos, como por ejemplo la propiedad, solo tiene sentido se referida con la *libertad*. La libertad es la que instaure la propia humanidad, no siendo solo un Estado natural, sino también una búsqueda de la Ley Absoluta. Es un presupuesto importante de la Ilustración, como decía MONTESQUIEU, la libertad “no consiste en hacer lo que uno quiere” sino en “el derecho de hacer a todo lo que las leyes permiten”¹⁰. Libertad y orden no se contradicen, por el contrario, se afirman recíprocamente¹¹.

Respecto el proceso histórico de la Ilustración, es importante decir que los individuos dejaron de ser considerados súbditos para obtener la categoría de ciudadanos, lo que estuvo íntimamente relacionado no la evolución penal, su humanización. La persona ya no era más tratada siempre como sospechoso. Tanto que, para referirse al moderno Derecho penal, en general se refiere a su carácter liberal¹².

Aun así, no deja de haber una tensión entre *seguridad* y *libertad*, y una de las clásicas cuestiones filosóficas respecto la teoría del Estado es justamente el papel que juega en esa relación. Según HASSEMER: “Nuestra tradición interpreta al Estado, de forma gráfica y utilizando la expresión del representante de la filosofía política, THOMAS HOBBS, como la encarnación del Leviathan bíblico” Al Leviathan, que de la misma manera protege y amenaza a sus ciudadanos, hay que domarlo, atarlo con una cadena. Los derechos fundamentales se dirigen,

⁹ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 42.

¹⁰ MONTESQUIEU, *L'Esprit ds lois* (1748), L. XI, ch III., citado por DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit, p. 27.

¹¹ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit, p. 27.

¹² BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, op. cit., pp. 42-43

como derechos de garantía, contra el Leviathan amenazante y los ciudadanos se levantan en defensa de su libertad. El Estado es aquello que reparte tanto esperanza como temor, que cuida y castiga, cuya omnipotencia hay que romper y conseguir a través de la ley vigente que se convierta en el servidor de las libertades ciudadanas. Esta es la tradición de la filosofía del Estado *liberal*¹³.

Es cierto que, preocupado ante todo por someter el poder al Derecho, el Estado liberal clásico (al menos en sus primeras experiencias) buscó una limitación jurídica de la potestad punitiva sin preocuparse tanto con la prevención de los delitos. Se preocupó más con las garantías del posible inculpado que con la protección de las víctimas. Eso fue por basarse especialmente en principios abstractos¹⁴.

Antes de la Revolución francesa y el afianzamiento de las ideas liberales en el Estado, nunca hubo la reproducción técnica de leyes. Ya había, claro, obras teóricas, que tenían reducido alcance teórico y eran destinadas a la práctica. Cuando del triunfo institucional del liberalismo, hubo por bien el planteamiento del producto máximo del derecho: las leyes¹⁵.

Hay que tener en cuenta que la cultura burguesa (o liberal) es dominada y caracterizada por una mentalidad utilitarista¹⁶. De ahí el confronto entre el planteamiento del retribucionismo penal que tenía la concepción del hombre como ser empírico, con el idealismo alemán, que giraba en torno del hombre

¹³ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 153.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador) *Política criminal y Reforma penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pp. 5-6.

¹⁵ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp.14-15.

¹⁶ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 12.

ideal, limitando la pena a la gravedad del delito cometido¹⁷. Las dos concepciones de la pena, retributiva y prevencionista, tienen orígenes liberales y deberían servir el Derecho.

La verdad es que el Derecho penal liberal clásico predominante en la mayoría de las sociedades, no fue concebido para los nuevos riesgos del siglo XXI, sino que para los riesgos que existían en los últimos siglos – o sea, el Derecho penal liberal clásico sirve a los propósitos de la sociedad industrial, no siendo suficiente para protección de bienes jurídicos de las sociedades postindustriales¹⁸.

Es cierto que frente a todos los cambios que enfrentamos en nuestra era, hay patente necesidad de una auténtica Dogmática, que pueda compartir con la Política criminal la labor de preparar las reformas legales. Aún más allá, según MIR PUIG, “...en ello consiste la función más específica de la Dogmática, ésta de crear continuamente Derecho, sin necesidad del recurso, siempre peligroso, al

¹⁷ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 35: “La discrepancia existente entre las dos direcciones liberales señaladas —la prevencionista y la retributiva— respondía a una distinta concepción del hombre, al que (según ambas, en cuanto liberales) debía servir el Derecho. Mientras que los utilitaristas pensaban en el hombre empírico, el idealismo alemán giraba en torno a un hombre ideal. De ahí que, mientras los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirviera de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre-razón (desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana). Una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, como se verá, tal límite de garantía para el individuo también puede exigirse sin necesidad de renunciar a la función de prevención de la pena”.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *La Política criminal en Europa*, op. cit., pp. 62 y 63: “Sin embargo, el Derecho penal liberal clásico hasta ahora vigente en los países de nuestro entorno cultural no fue concebido, obviamente, pensando en los nuevos riesgos de la sociedad del riesgo del siglo XXI, sino en los riesgos propios de la sociedad industrial del siglo XIX gran parte del siglo XX. Por este motivo, el referido Derecho penal liberal clásico parece no estar en condiciones de asumir la función de defender a la sociedad de los nuevos riesgos que caracterizan a la actual era postindustrial, así como tampoco de proteger la indemnidad de los nuevos bienes jurídico-penales. Esta doble circunstancia ha traído consigo tres importantes consecuencias: la aparición de nuevos bienes jurídicos «universales» o «supraindividuales» y, con ello, la aparición de nuevos ámbitos de riesgo penalmente relevante; la aparición de «nuevos riesgos» para algunos bienes jurídicos tradicionales; y, por último, la proliferación de «delitos de peligro abstracto» como instrumento de lucha contra la nueva criminalidad”.

legislador, en el proceso de concreción de las normas jurídicas a la realidad. Todo ello no significa, sin embargo, que carezcan de todo fundamento las *críticas* que suelen efectuarse a una contemplación *puramente* ‘dogmática’ de nuestra parcela. Por el contrario, entiendo que la única dirección acertada es la de quienes vienen propugnando una Dogmática íntimamente impregnada de las exigencias político-criminales, *única vía por la que se puede realizarse convenientemente la labor creadora que he destacado para aquélla*”¹⁹.

En definitiva, debemos advertir que no se trata aquí de intentar desentrañar el sentido de la fórmula en todas las componentes. Cuando hablamos del ‘Estado social y democrático de Derecho’, estamos empleando una terminología consagrada que apunta una concepción sintética del Estado moderno²⁰. La imagen de Estado en concreto dependerá siempre de la importancia que se atribuya a cada elemento de esa síntesis.

De la característica *liberal* viene la idea de Estado gobernado por el Derecho emanado por la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo – radicada en la idea de soberanía nacional – en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o de algunos²¹.

El Estado liberal responde a la preocupación de defender la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de *legalidad*²². Desde los idos de la Ilustración, también se propone como criterio rector de la subsunción jurídica el principio de *racionalidad*, que supone tratar al sujeto delinciente como ser racional, y

¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., 1994, p. 24.

²⁰ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 31.

²¹ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., pp. 31-32.

²² MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 32.

contemplar al juez como servidor de la justicia, limitando su arbitrio – eso todo previene la vigencia del contrato social²³.

La doctrina liberal siempre se opuso a las restricciones de derechos fundamentales como libertad de expresión y pensamiento, religión, ambulatoria, etc. Postulaba en favor de la propiedad y el libre mercado. Bajo eso, el Estado cumplía solamente la función de asegurar los derechos y libertades del individuo, limitando su poder a los estrictos términos de tutelar las condiciones de respeto a las garantías. El Estado era, así, un árbitro imparcial, lo que no quiere decir que las leyes no deberían ser cumplidas (ROUSSEAU y MONTESQUIEU tienen consideraciones a respecto), lo que va a tener repercusiones inmediatas en la Política criminal del Estado²⁴.

Por toda la depreciación de la seguridad jurídica que hubo a lo largo del Antiguo Régimen, la Política criminal del Estado liberal se caracteriza, en primer lugar, por la pretensión en recuperar esa seguridad – y por eso, parte de una idea fuertemente codificadora y sistematizadora. Además de eso, la fundamentación teórica que llevó al principio de la legalidad²⁵ – seguridad jurídica, participación de la soberanía nacional en la determinación de las formas más graves de restricción de la libertad de los ciudadanos por parte del Estado e igualdad de todos los individuos ante la ley – nadie podría ser castigado por acciones u omisiones que no constituyesen delito sancionado con una pena así definido por una ley anterior a su perpetración²⁶.

Otra característica que cabe aquí destacar, por ser elemento propio de la Política criminal liberal, es la fuerte protección del patrimonio, debido a la idea liberal plenamente favorable a la propiedad privada. Es plenamente coherente

²³ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, op. cit., p. 44.

²⁴ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, op. cit., p. 46.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit., p. 27.

²⁶ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, op. cit., pp. 47-48.

que la Política criminal liberal sancione duramente esos hechos punibles que ataquen el patrimonio²⁷.

La Política criminal en el Estado liberal constituye así en un modelo en el que el Estado impone orientación basada en los ideales del (neo)liberalismo sobre las respuestas al fenómeno criminológico, dejando una parte de las respuestas en mano de la sociedad civil. Se caracteriza por: a) intervención solo en infracciones ya cometidas – en conductas que efectivamente comporten una lesión al bien jurídico; b) aumento de la intervención de la sociedad civil en la creación de la Política criminal; y c) la libertad como eje fundamental de la Política criminal.

B) Política criminal en el Estado social

A partir del principio del siglo XX, empieza en Estados Unidos lo que podemos llamar de una crisis del Estado liberal de derecho, que se percibe claramente debido a los cambios económicos y sociales surgidos en esa época. En los últimos años del siglo XIX se desarrolla el capitalismo americano, y aparecen los primeros movimientos obreros. La inmigración incrementa todo eso. Fue así que el Tribunal Supremo, aún vinculado a una sociedad capitalista y liberal respondió. Pero ese movimiento obrero-social ya no se podía cambiar y sería una creciente en los años siguientes²⁸.

Solamente a partir de 1937, a consecuencia de una renovación de los jueces del Tribunal Supremo estadounidense, con motivo del conflicto de los anteriores, conservadores, y con el llamado *New Deal* del presidente

²⁷ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, op. cit., p. 48.

²⁸ VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955, p. 33.

ROOSEVELT, el Tribunal deja de interferir en la legislación social y abandona el liberalismo económico como doctrina constitucional²⁹.

No solo en Estados Unidos, sino que en todas las democracias occidentales orientadas por el liberalismo hubo un tiempo de crisis del Estado liberal, motivada por diversos factores sociológicos, ideológicos y económicos. Eso no significa que las Constituciones abandonaron sus garantías tradicionales, sino que hubo necesidad de adecuarse a la nueva realidad³⁰.

La verdad es que la corriente igualitaria, o social, se fue fundamentando en la crítica a la desigualdad generada por el liberalismo – aunque tenga el mérito de mantener una democracia formal, fracasa al instaurarse una democracia real, o sea, basada en ideales igualitarios³¹.

Las bases ideológicas del Estado social fueron así siendo poco a poco consolidadas en los ordenamientos constitucionales occidentales, reforzando los derechos sociales y la mayor participación del Estado en la vida de los ciudadanos, lo que nos importa mucho en relación a la Política criminal³².

Como ya hemos visto, el Estado liberal siempre se ha fundado en dirección a la consecución de la libertad. Pero, aunque fuera profundamente individualista y neutro (especialmente ante a las transformaciones sociales), tenía muchísima dificultad en realizar justicia social. Ahora bien, habría que conciliar la justicia social con la libertad³³.

²⁹ VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, op. cit., p. 34.

³⁰ VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, op. cit., p. 49.

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit, p. 30.

³² VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, op. cit., 1955, pp. 70-71.

³³ VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, op. cit., p. 77.

No es el objetivo aquí discutir ampliamente el concepto de libertad y mucho menos sus conflictos con la seguridad social. Es un problema esencialmente político, que guarda relación con cada época. Lo que sí es verdad, es que hay un equilibrio tenue entre los dos conceptos, y que se inclinan a un lado u otro de acuerdo con la época o la sociedad que se analiza.

Es importante notar, en relación a la Política criminal de ese contexto del Estado social, que hay un crecimiento desmesurado de la administración pública, de manera que las necesidades sociales pasan a exigir una amplia máquina administrativa. Eso hace también con que la justicia social requiera abundante legislación. Y ahí se observa una tendencia a subestimar la seguridad jurídica para remediar los problemas sociales. “Si la burguesía es la clase social más inclinada al mantenimiento de la legalidad formal que cubre su predominio económico, las masas ignoran las razones formales y desean ventajas sociales y económicas que alivien su situación”³⁴.

O sea, existe sí un riesgo, en el Estado social, de vulneración de la legalidad. Y esa actitud ofrece flancos débiles: el descrédito de la normatividad jurídica suscita la desconfianza en la opinión pública respecto a la continuidad y permanencia de la política legislativa del Estado. Determinados grupos de presión pueden obtener medidas favorables³⁵.

Según VERDÚ, “por eso, el Estado de Derecho actúa como límite y como garantía. Como límite, en cuanto fija una frontera mínima que no se puede rebasar sin asumir los riesgos antes señalados. Como garantía, en cuanto el respeto a las normas jurídicas es un postulado de cultura que aleja la arbitrariedad

³⁴ VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, op. cit., p. 79.

³⁵ VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, op. cit., pp. 79-80.

y distingue al Estado moderno del Estado absoluto. Es un postulado que da base a la confianza de los ciudadanos, convenciéndoles de que viven en libertad”³⁶.

Todo eso es importante para contextualizar los cambios que se hicieron presentes en la Política criminal del Estado liberal al Estado social³⁷. De cualquier manera, no debe haber una separación entre buenos y malos, o cualquier otra, sino solamente una relación de personas sometidas al sistema, ya que el Estado está al servicio de sus ciudadanos, defenderlos de los peligros y de los problemas³⁸.

En el ámbito del Estado social, hay una tentativa en buscar la efectiva participación de todos, no sólo en sentido representativo (a través de la elección), sino también mediante descentralización del problema, incluso pasando por una desproblematización, a través de medidas como la mediación de conflictos u otras medidas que buscan devolver a las partes la solución del conflicto social³⁹.

Sabemos que la Política criminal define los procesos criminales dentro de la sociedad, dirigiendo y organizando el sistema social en relación a la cuestión criminal. Su relación con el poder, o su capacidad de definirse dentro de la estructura social está clara, por eso el sentido de comprender la propia ideología del Estado, que condiciona el desarrollo político-criminal⁴⁰.

³⁶ VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, op. cit., p. 80.

³⁷ MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador) *Política criminal y Reforma penal*, op. cit., p. 4: “Todo Derecho penal responde a una determinada Política criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde (...). La Política criminal de un país entronca directamente con los principios de su organización política. En los Estados constitucionales, la Constitución sienta las bases de su Política criminal y de su Derecho penal”

³⁸ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, op. cit., p. 154.

³⁹ RAMOS MEJÍA, Enrique, *Desincriminación, despenalización, desjudicialización*, in *El Poder Penal del Estado*, homenaje a Hilde KAUFMANN, Directores y compiladores: Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 205 y ss.

⁴⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Política penal en el Estado democrático*, in *El Poder Penal del Estado*, homenaje a Hilde KAUFMANN, Directores y compiladores: Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS, op. cit., 1985, p. 155.

La Política criminal tiene que partir del mundo real, utilizando como base el fenómeno social. Eso hace con que llegue siempre a la conclusión que el principio de igualdad en que se funda el Estado es una utopía programática⁴¹. Aunque parezca un paradojo, hay que haber una redistribución del poder de criminalización, siendo descriminalizados algunos comportamientos mientras otros son criminalizados⁴².

Como en cualquier ámbito de una sociedad compleja, en el Estado social, algunos delitos tienen exagerada presencia en los medios de comunicación, mientras otros caen en la cifra oscura de la criminalidad⁴³. Eso en gran medida puede significar que la sociedad está asumiendo que algunos de sus conflictos tienen otra solución que no la criminal, lo que pasa en gran medida debido a la desproblematización que hay en esos tipos de sociedad, pero hay que tener cuidado, especialmente con la percepción de la criminalidad⁴⁴.

También, hay que tener en cuenta que una socialización del poder de definir delitos implica, también, propiciar a instancias comunitarias o grupos, que ejerzan control del poder penal, pudiendo así se transformar en grupos de presión o, al menos, la raíz que puede venir a créalos. Socializar el control significa

⁴¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Política penal en el Estado democrático*, in *El Poder Penal del Estado*, homenaje a Hilde KAUFMANN, Directores y compiladores: Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS, op. cit., p. 156: “El legislador penal indispensablemente tiene que entrar a considerar la realidad concreta. La norma penal ha de constituir una superación de las contradicciones que se suceden dentro de la realidad social, pero como un recurso extremo cuando no quede otro que la coerción penal. La norma penal y el precepto penal forman también parte de esta realidad social y es en este contexto que el penalista tiene que centrar su quehacer”

⁴² RAMOS MEJÍA, Enrique, *Desincriminación, despenalización, desjudicialización*, in *El Poder Penal del Estado*, homenaje a Hilde KAUFMANN, Directores y compiladores: Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS, op. cit., 1985, p. 205 y ss.

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Política criminal y Derecho penal: Estudios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41: “Resulta ya un lugar común destacar la exagerada presencia de los temas propios de la justicia penal en los medios de comunicación social y en el debate ciudadano en general. Se ironiza sobre los imprescindibles conocimientos de Derecho penal y procesal penal que debe poseer todo aquel que pretenda seguir cabalmente el desarrollo de los temas de actualidad. Y naturalmente la necesidad ha originado la aparición de expertos por doquier”.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Política criminal y Derecho penal: Estudios*, op. cit., 2004, pp. 16-17.

reconocer que dentro del sistema existen tendencias autoritarias, centralistas, etc.⁴⁵

No deja de ser, así como la Política criminal del Estado liberal, de una Política criminal de Derecho, tratándose solamente de cambiar la organización jurídico social del sistema democrático. Guarda, por supuesto, mucha identidad con la política del Estado liberal, pero a él agrega algunos elementos, tratándose de haber un distinto balance entre los principios de igualdad y de libertad. Hay un equilibrio, en manifiesta claridad, de la relación de tensión entre algunos principios, lo que pasa por la función de justicia criminal⁴⁶.

También es importante notar la cuestión que se pone en relación de la función de la pena en el Derecho penal del Estado liberal y del Estado social, ya que eso en mucho va a interferir en la Política criminal de cada una de esas ideologías – o de las ideologías combinadas, en un balance – hay que notar que en el Estado liberal las funciones preponderantes son las de prevención y retribución, en cuanto en el Estado social recibió la atribución de *lucha contra el delito*, o sea, de prevención del delito⁴⁷.

⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Política criminal y Derecho penal: Estudios*, op. cit., 2004, pp. 15-16: “Pero un orden social, cualquiera que éste sea, no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales (...)

Un análisis coherente del funcionamiento de tales instituciones se logra a través de su inserción en el sistema de control social, irrenunciable en toda sociedad: Este tiene la misión de garantizar el orden social, sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización en ellos de los comportamientos sociales adecuados, sea estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada. (...)”

⁴⁶ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, traducción de Miguel IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Jaén, 1979, pp. 28-29.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 36: “Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de

La criminalidad se contempla como problema social, y el poder público que es llamado a resolver los conflictos es el poder penal. La pena es, así concebida, como uno más de los instrumentos de la política social para lograr un mayor bienestar de la ciudadanía⁴⁸.

El Estado social moderno, en cuanto síntesis moderada del Estado social del bienestar, condujo a un Derecho penal asumiendo varias funciones, que guardan relación con los aspectos que en él se combinan. Según MIR PUIG, “en cuanto Derecho penal de un Estado *social*, debe legitimarse como sistema de *protección efectiva de los ciudadanos*, lo que atribuye la misión de prevención en la medida – y sólo en la medida – de lo necesario para aquella protección. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado *democrático de Derecho*, debe someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal. Dos palabras resumen, a mi juicio, este programa político-criminal: *prevención limitada*”⁴⁹.

Hay que tener en cuenta, también, que el Estado social se ha desarrollado de acuerdo con los dictámenes de la sociedad, las necesidades sociales, los grupos de presión. La ampliación de poderes sancionatorios administrativos y supresión de algunos delitos, aunque obedezca a algunas necesidades sociales, no tienen como base un verdadero desarrollo jurídico organizado del Estado social, así como fue con el Estado social. FERRAJOLI lo denuncia de manera vehemente,

adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado. Es sabido que la Escuela positiva, que surgió en el último tercio del pasado siglo, partió de la crítica a la ineficacia del Derecho penal clásico (esto es, liberal) para atajar el delito. Las medidas de seguridad aparecieron, a sus ojos, como la vía científica de remoción de las causas del delito. Pero también la dirección ecléctica que mantuvo en pie la necesidad de la pena, siquiera añadiendo a ella un sistema de medidas, atribuyó al Derecho penal y en particular a la pena la función de prevención de delitos”.

⁴⁸ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, op. cit., pp. 51-52.

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador) *Política criminal y Reforma penal*, op. cit., p. 7.

llamando la atención para un retraso de la ciencia jurídica y política del Estado social en relación al Estado liberal de derecho⁵⁰.

Independientemente de la configuración político-administrativa del Estado social, la Política criminal, en el Estado social, está claramente orientada hacia el fin general de la realización de determinados derechos y expectativas sociales, o sea, orientada a determinado *fin*. La intervención jurídica se orienta hacia fines de integración social, y así hará las políticas que le orientan, en el caso de la justicia criminal, hablamos de la Política criminal⁵¹.

Hay que advertirse, todavía, el contradictorio que es la estructura: aunque el Estado sea transcendente y presente, su dependencia de la propia sociedad también define su impotencia y vulnerabilidad – la sociedad civil busca su propia dirección. La abstracción no puede salvar la libertad como no salva la vida, hay una simulación de paz social. Hay una tensión permanente que constituye el propio concepto de la sociedad⁵².

II.- Excurso: Negación: la Política criminal en el Estado totalitario

No importa las razones, muy poco basta para arrastrar la humanidad al proceso de las revoluciones, y a veces a una verdadera carnicería que puede

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Andrea GREPPI, 8ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 30: “Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como ‘crisis de capacidad regulativa del derecho’”.

⁵¹ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 30.

⁵² BARCELLONA, Pietro, *La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna*, in PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.) *Mutaciones de Leviatán*. Legitimación de los nuevos modelos penales, Ediciones Akal, Madrid, 2005, p. 32-33.

llevar al Estado totalitario: la religión, la vanidad personal, la venganza⁵³; una figura personal – basada en la figura de autoridad encarnada en la persona del jefe, representante de un “principio superior”⁵⁴ –, un interés y algunas frases propagadas por la astucia de un líder pernicioso y reina fácilmente un ambiente totalitario, criminoso, donde los derechos y garantías son simplemente olvidados en nombre de intereses⁵⁵.

Y, claro, perdiendo esas garantías fundamentales consagradas en las constituciones democráticas⁵⁶, también estará perdida la Política criminal como la conocemos. Hay una verdadera perversión – de sus fundamentos, ya que es el propio ejercicio del poder del Estado, y acaba siendo usada como mecanismo

⁵³ LINZ, Juan J., *La quiebra de las democracias*, versión española de Rocío DE TERÁN, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 11: “Todo cambio de régimen político afecta a millones de vidas, removiendo un espectro de emociones, desde el miedo a la esperanza. La Marcha sobre Roma, la *Machtergreifung* de Hitler, la guerra civil española, Praga febrero 1948, el golpe contra Allende, todos estos momentos dramáticos que simbolizan cambios de poder se fijan en la memoria de la gente como fechas clave en sus vidas. Pero los hechos en sí son en realidad la culminación de un largo proceso, un cambio de tiempo más o menos prolongado. ¿Hay una pauta común en los procesos que han llevado a un cambio de régimen, o cada uno supone una situación única? ¿Es posible construir un modelo descriptivo del proceso de la caída de una democracia que pudiera contribuir a una mejor comprensión de sus elementos y dinámica? Si fuera posible construir tal modelo, ¿sería un modelo explicativo?, ¿podríamos saber más de las condiciones para la estabilidad de la democracia?”

⁵⁴ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit, p. 34.

⁵⁵ CHRISTIE, Nils, *El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias* in *El poder punitivo del Estado*, editorial Juris, Rosario, 2000, p. 149: “El retrato de los estados totalitarios es una imagen de horrores tan extremos que nada parece comparable. Es el retrato de los estados formados por Hitler y por Stalin. Es un modelo en el cual la voluntad de una sola persona es la voluntad de todo el estado, ejemplificado a través de ideas como la ‘patria’, la de ‘raza pura’, la ‘dictadura del proletariado’. Es un modelo dominado por la propaganda masiva y por un inmenso poder estatal, dirigido contra cualquier desviación del objetivo único establecido. Y por supuesto, es una imagen oscurecida por el increíble terror imperante.

El peligro implícito en este retrato, consiste en que los estados totalitarios son descritos en una forma tan negra, tan monstruosa, tan irracional, que nada resulta comparable a ellos. Este es el mismo problema con el que tan frecuentemente nos encontramos en la explicación que se da sobre el delincuente: cuanto más vistos como monstruos son, más fácil resulta crear una distancia entre ellos y nosotros, decir que nunca han sido como nosotros, y que nosotros nunca seremos como ellos. Lo mismo ocurre a nivel estatal. Los horrores nos enceguecen, impidiéndonos prestarles atención a algunas posibles similitudes principales entre esos sistemas y el nuestro. Cuatro similitudes son centrales en dicha conexión: 1. Similitudes en las metas. 2. Similitudes en la comunicación. 3. Similitudes en el poder. 4. Similitudes en tipos de control – como tipos de objetivos, volumen y formas-”.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 5ª edición, Editorial Trotta, 2014, Madrid, p. 20.

para reforzar el control del Estado ante las respuestas al fenómeno criminal, en general con un reforzamiento paralelo de los poderes de la policía⁵⁷.

No vamos tratar aquí de situaciones que ocurran en “Estados democráticos” donde el Poder penal se porta como totalitario, puesto que se asemejan muchísimo al propio Estado totalitario – el raciocinio es lo mismo – sino que nos concentraremos apenas en casos de la propia negación de derechos fundamentales, o sea, en Estados completamente totalitarios, la propia antítesis de las conquistas constitucionales del Estado liberal y social de derecho⁵⁸.

Normalmente un Estado totalitario empieza con un gobierno que haya alcanzado su poder mediante un proceso democrático de elecciones libres, pero reclama la obediencia de los ciudadanos, en un proceso de amplia dominación⁵⁹. Para entender el concepto de dominación, remetemos a los escritos de MAX WEBER⁶⁰:

“Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por *disciplina* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simples y automática.

⁵⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit, p. 36: “En la medida en que su lógica es tender hacia el totalitarismo, frecuentemente va unida a una ampliación del ámbito de intervención del Estado, por tanto, a una cuasi-continuidad de la Política criminal. Al servicio de la voluntad de poder de la nación o de la religión, la autoridad absoluta, que se personifica en la persona del jefe, impone el rechazo al principio de la legalidad. Así toda desvío, especialmente religioso o político, puede ser considerado como infracción y castigado como tal. Correlativamente, se acrecienta la severidad de las sanciones”.

⁵⁸ MILITELLO, Vincenzo, *Dogmática penal y Política criminal desde una perspectiva europea*, in ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTIN, Adán (coords.) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 43-44.

⁵⁹ LINZ, Juan J., *La quiebra de las democracias*, op. cit., pp. 36-37.

⁶⁰ WEBER, Max, *Economía y Sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Tomo I. Traducción de José MEDINA ECHAVARRÍA, Juan ROURA PARELLA, Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, Eugenio ÍMAZ y José FERRATER MORA, 2ª edición en español, 3ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, pp. 43-44.

(...)

La situación de dominación está unida a la presencia actual de *alguien* mandando eficazmente a otro, pero no está unida incondicionalmente ni a la existencia de un cuadro administrativo ni a la de una asociación; por el contrario, sí lo está ciertamente – por lo menos en todos los casos normales – a *una* de ambas. Una asociación se llama *asociación de dominación* cuando sus miembros están sometidos a relaciones de dominación en virtud del orden vigente.

1. El patriarca domina sin cuadro administrativo. El cabecilla beduino que levanta contribuciones de las personas, caravanas y bienes que aciertan a pasar por su rocoso poblado, domina gracias a su séquito guerrero, el cual, dado el caso, funciona como cuadro administrativo capaz de obligar a todas aquellas personas, cambiantes e indeterminadas y sin formar entre sí asociación alguna, tan pronto y durante el tiempo en que se encuentran en una situación determinada. (Teóricamente cabe imaginar una dominación semejante de una sola persona sin cuadro administrativo.)
2. Una asociación es siempre en algún grado *asociación de dominación* por la simple existencia de su cuadro administrativo. Sólo que el concepto es relativo. La asociación de dominación en cuanto tal, es normalmente asociación administrativa. La peculiaridad de esta asociación está determinada por la forma en que se administra, por el carácter del círculo de personas que ejercen la administración, por los objetos administrados y

por el alcance que tenga la dominación. Las dos primeras características dependen en gran medida de cuales sean los fundamentos de *legitimidad* de la dominación (sobre esto, ver cap. III).

Una asociación de dominación debe llamarse asociación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un *ámbito geográfico* determinado, estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo.

Por *estado* debe entenderse un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente. Dícese de una acción que está *políticamente orientada* cuando y en la medida en que tiende a influir en la dirección de una asociación política; en especial a la apropiación o expropiación, a la nueva distribución o atribución de los poderes gubernamentales”.

Es muy claro el autor al definir la dominación sistémica como elemento esencial al Estado totalitario. Hay un claro regreso a algunos elementos del Antiguo Régimen⁶¹ (ya tratados en el capítulo I), donde los delitos contra el Estado son los considerados más graves, pues pondrían en riesgo la propia estructura del Estado totalitario. Como ejemplo, podemos citar la ideología fascista del Estado franquista en España, donde se predominaba la idea de

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERO BANDRÉS, op. cit., p. 104: “Los últimos, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios del *estado absoluto o totalitario*: entendiendo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o «totales», es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones”.

seguridad, no del ciudadano, sino del Estado, defendiendo los intereses de la dictadura militar⁶².

La ausencia de libertades, la dominación a través del ejercicio del poder monopolizado por una determinada persona, con auxilio de un grupo (o cuadro administrativo), las agresiones políticas, la sistemática buscando una seguridad considerando conductas como delitos, todos esos rasgos están muy claros en ese sistema totalitario. Y la Política criminal es claramente el instrumento utilizado, ya que se criminalizan conductas que se quieren reprimir, aunque sean conductas que puedan parecer normales en una sociedad plural y libre⁶³.

Además de las sociedades en donde hay un ambiente puramente de Estado totalitario, también hay una “cultura de la emergencia” penal, donde algunas respuestas para determinadas conductas muestran una cesión del Estado de Derecho. La racionalidad político-criminal se hace con transformaciones sistémicas de amplio alcance, acomodando nuevas propuestas políticas y jurídicas, relativizando derechos fundamentales en el Estado de Derecho, a través de la lógica de la excepcionalidad⁶⁴.

Ambas las propuestas, sea en un ámbito político-criminal de exclusión, o de excepcionalidad, aunque todavía estemos en un Estado de Derecho, como la propia perversión total de la Política criminal, en un Estado totalitario como el franquista o el nacionalsocialista alemán, consisten en pérdidas graves de derechos. Pero tienen una diferencia básica que torna la Política criminal del Estado totalitario aún más drástica: el Derecho penal en un régimen totalitario, no

⁶² PORTILLA, Guillermo, *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*. El Tribunal Especial para la represión de la masonería y el comunismo, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 10-11.

⁶³ PORTILLA, Guillermo, *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*. op. cit., pp. 10-11.

⁶⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la Exclusión*. El Sistema Penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 200-201.

apenas quiere mantener el sistema vigente, sino que no tiene intención de castigar tipos de “hechos delictivos”, el fundamento de la pena es el tipo de autor⁶⁵.

Está claro que el Estado totalitario – o autoritario – no es una novedad. Lo que puede ser que sea nuevo es su forma de introducirse, de hacerse autoritario, de legitimarse. El miedo al otro, el miedo al delito, impera en nuestras sociedades, haciendo con que el Estado cumpla la función de “vigilar y castigar”⁶⁶, progresivamente suplantando el modo liberal que fue tan arduamente conquistado⁶⁷.

Véase el ejemplo de la estricta legalidad, principio de gran importancia para el Derecho penal y para la creación de delitos (o propia concepción de Política criminal): cuando se produzca un hecho nuevo – lo que es plenamente normal en una sociedad compleja en que vivimos – en el Estado liberal, ese permanecerá inerte del punto de vista punitivo, debiendo prever el nuevo hecho legalmente, tolerará que tenga lugar una impunidad para los culpables. En el Estado totalitario, ese ordenará – se es conveniente – que sean castigados, creando inmediatamente norma jurídica que le falta⁶⁸.

Una característica importante del Estado moderno es el monopolio de la fuerza legítima en manos de la policía, bajo la dirección de autoridades políticas.

⁶⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El Derecho penal de Autor*. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 116.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERO BANDRÉS, op. cit., p. 264.

⁶⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit., p. 97: “El Estado autoritario no es una novedad. Lo que quizá sea nuevo es su forma de ser autoritario, su autoridad gris y penetrante, que invade cada pliegue de la vida, su autoridad indolora e invisible que integra y reconvierte hasta el rechazo semi-autoritario, su autoridad invisible y, sin embargo, confusamente aceptada. Y nueva es también la legitimación del Estado autoritario, fruto de la imprevista confluencia de la corriente liberal y de la rama autoritaria de la corriente socialista. (...)”.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERO BANDRÉS, op. cit., p. 375.

Cuando ocurre una pérdida de ese monopolio, o la decisión de usar la fuerza no puede ser tomada sólo por las autoridades políticas, sino que necesita consulta de sus cuadros administrativos – por ejemplo, las fuerzas armadas – hay un desarrollo de ideologías propias, que vulnera la legitimidad y la democracia. La tolerancia de régimen con la creación de fuerzas paralelas de oposiciones desleales fue factor decisivo en la vulneración de la democracia muchas veces en la historia⁶⁹.

En todos los casos de tolerancia del gobierno con actos de violencia, el coste es enorme para fines de Política criminal, pues es imposible haber una Política criminal seria, fundamentada y racional en un ambiente donde siquiera el gobierno puede controlar la violencia estatal, o sea, el propio ejercicio del poder penal⁷⁰. Eso sumado a la pretensión de superación, en la mayoría de los Estados totalitarios, del liberalismo político clásico en favor de un intervencionismo radical, abandonando la idea de lesión al bien jurídico, para castigar la voluntad y la actitud interna del autor del hecho⁷¹.

DELMAS-MARTY resume muy bien el contenido programático del modelo político criminal en un Estado totalitario que, en verdad, es mucho más sencillo que parece: “Englobar con un solo e idéntico movimiento circular a todos los comportamientos de rechazo de las normas, amontonarlos sin distinciones entre infracción y desviación para imponer un único modo de pensamiento y de acción, hasta el punto de que los hombres, convertidos en intercambiables, puedan confundirse en un cuerpo único perfectamente homogéneo. Cuando un Estado se fija tal programa o se dota de tales medios, el modelo de Política criminal se transforma en totalitario, cualquiera que sea la ideología que le inspira”⁷².

⁶⁹ LINZ, Juan J., *La quiebra de las democracias*, op. cit., p. 107.

⁷⁰ LINZ, Juan J., *La quiebra de las democracias*, op. cit., p. 109.

⁷¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El Derecho penal de Autor*. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades, op. cit., p. 171-172.

⁷² DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit, p. 112.

Es verdad que la Política criminal del Estado totalitaria – o su negación – homogeneiza los hombres, intentando poner todos los comportamientos como simples rechazo a las normas impuestas y tratando a todos como desvíos sociales. Pero también es verdad que, en un Estado verdaderamente totalitario, utilizase la Política criminal y el Derecho penal como instrumento de control social perverso, destruyendo nociones de legalidad, de derechos fundamentales, para actuar las autoridades preventivamente⁷³. Para que la finalidad preventiva no sea así reaccionaria, hay que limitarse a la medida de su culpabilidad⁷⁴.

Está claro, pues, que el Derecho penal, así como la Política criminal, sirve para fines diversos, incluso como medio de opresión. Por eso la importancia de estudiar su desarrollo en diversos escenarios y también los principios que le determinan. Importante es que se desarrolle de acuerdo con la culpabilidad de cada conducta y de la autonomía de cada ciudadano. Lo debe ser instrumento de un control totalitario y reaccionario⁷⁵.

Mientras en el Estado democrático de Derecho la Política criminal intenta ver al delincuente como un elemento que cometió determinado desvío y, por lo tanto, debe haber la evitación de los hechos delictivos con respecto a las garantías individuales y la dignidad humana, no su eliminación, en el Estado totalitario, es tratado como un *traidor* y ser literalmente *borrado*⁷⁶. No cabe duda que algunos delitos nos causan mayor repulsa, pero buscar la “*inocuidación terapéutica*”⁷⁷ del delincuente, sin respecto a cualquier principio o derecho

⁷³ ARNOLD, Jörg, *La ‘superación’ del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho*, in *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española de la área de Derecho penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 312:.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y nuevo Derecho penal*, (Libro homenaje a Claus ROXIN), José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 37-38.

⁷⁵ KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, IB de F Editores, Buenos Aires, 2011, p. 231.

⁷⁶ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., p. 25.

⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y Persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 18: “Ahora bien, el paso del tiempo —y el advenimiento de los totalitarismos de todo signo, que hicieron suya la Política criminal intervencionista-terapéutica— modificó ese juicio inicial. Y se advirtió cómo, en contra de lo que cabía esperar,

fundamental sería típica del Estado totalitario, no guardando relación con las teorías democráticas⁷⁸.

En definitiva, la Política criminal del Estado totalitario tiene como objetivo final erradicar hasta el último rasgo de crimen, sin importar derechos y garantías individuales. Claro, entendido el crimen como lo que va contra los intereses del propio Estado. La política interior es una política de seguridad nacional⁷⁹.

Como vamos a ver, la Política criminal debe ser construida teniendo como base la legalidad y la proporcionalidad de las medidas, además de los otros

la exclusiva referencia del Derecho penal al cumplimiento de supuestas funciones socio-terapéuticas no implicaba su restricción sino precisamente su ampliación a niveles hasta entonces desconocidos”.

⁷⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Libertad, seguridad y ‘sociedad del riesgo’*, in MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *La Política criminal en Europa*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, p. 84.

⁷⁹ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, op. cit., p. 23: “...en el Estado totalitario el individuo no tiene sentido sino como ser que se integra en el tejido social. Sus derechos y libertades se diluyen en el sometimiento al aparato del poder. El ciudadano es contemplado como súbdito, como menor de edad, pues su destino no está en sus manos, sino que depende del todopoderoso Führer, o del Duce, o del Ayatollah, del Comisario político, del Caudillo, etc. Su proyecto de vida está dirigido a someterse y confiar en el buen hacer de sus superiores, en el progreso del propio Estado, dado que la existencia de aquél está absolutamente unida a la de éste. Por eso el delincuente es un traidor al Estado, y en la medida en que representa la violación de las reglas, imperativos y directrices del poder, refleja la máxima expresión de peligro de ruptura con el estado de cosas, con el orden interno, con la paz social (similar a la paz de los cementerios) que persiguen los gobiernos de esta naturaleza.

La Política criminal del Estado totalitario es clara. Su misión es erradicar hasta el último vestigio del crimen, sin tener presente derechos y garantías individuales, pues constituirían un freno a la labor de ‘limpieza’ del entorno más indeseado de la comunidad. La política interior es una política de seguridad nacional. Las fuerzas armadas y policiales tienen licencia, expresa o tácita, para utilizar todos los medios, incluidos la tortura y otras formas de represión formalmente ilegítimas, de combate contra el crimen. (...).

En la Política criminal del Estado totalitario, predomina la prevención general (se busca la intimidación de los subversivos), y la prevención especial se alcanza mediante el escarmiento y la anulación de la voluntad rebelde. La resocialización es entendida como absoluta sumisión a los valores e imperativos que proceden del poder. Los crímenes de Estado, como la tortura, las desapariciones, la expropiación de propiedades por razones políticas, ni son perseguidos ni castigados... Se consigue eliminar casi toda huella de criminalidad, pero en el fondo, esa criminalidad no se destruye, sino que, como la energía, se transforma. Aparece un solo delincuente y una sola forma de criminalidad, la más terrible, la más temida, pues el Estado es ahora el gran criminal, un gigantesco delincuente”.

principios. Pero esos dos deben sostener el edificio, para mantener las garantías individuales de los individuos en el ámbito democrático.

III.- Legalidad y proporcionalidad como base de la Política criminal

A) Consideraciones generales

Vivir en un Estado Democrático de Derecho solamente es posible con el sometimiento a determinados conjuntos de reglas, que fijan la organización social, imponiendo ciertos modos de comportamiento, prohibiendo otros; en definitiva, ejerciendo un control social, que es un mecanismo propio de la vida en sociedad⁸⁰.

Ahora bien, no olvidemos, también existe el denominado control social informal, proveniente de las costumbres, la moral, la familia, la cultura, etc.⁸¹. Sin embargo, el “control social formalizado” que es ejercido por el Derecho tiene gran importancia para el mantenimiento de la cohesión social, ya que encierran el conjunto de normas necesarias para el ejercicio del poder penal, a través de la Política criminal ya trabajada en los capítulos anteriores⁸². Eso evita que los abusos de unos imposibiliten las expectativas de derechos de otros⁸³.

Así entonces, el Derecho penal es uno de los medios de control social formalizado ⁸⁴, siendo la finalidad del mismo evitar determinados

⁸⁰ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 28-29.

⁸¹ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. op. cit., p. 29.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, p. 505.

⁸³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. p. 63.

⁸⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. 4ª edición. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006. p. 44.

comportamientos mediante la amenaza de una posible imposición de sanciones para el supuesto de quebrantamiento de sus reglas⁸⁵. Y, siendo formalizado, reunirá una serie de garantías que proporcionan la seguridad de sus respuestas, especialmente en cuanto la supresión y restricción de derechos⁸⁶.

La formalización del Derecho penal, así como los principios constitucionales que le orientan, se hacen importantes especialmente por la propia característica que tiene de control social formalizado⁸⁷. Así, los principios constitucionales adquirieron en el Derecho penal gran relevancia, siendo esa rama del Derecho la que más estrechamente está ligada con la Constitución^{88/89}.

Esa íntima relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal remonta al período de la Ilustración, lo que demuestra su gran importancia para el desarrollo del Derecho penal⁹⁰. También demuestra que el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado no es ilimitada, debiendo estar sujeta al principio de legalidad, formulado – no obstante, sus antecedentes históricos – por FEUERBACH en el aforismo ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, ampliamente reconocido en todo ambiente jurídico-penal. Así, está determinado que la ley es la única fuente de creación normativa de delitos y de establecimiento de sanciones

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2005. p. 49.

⁸⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, op. cit. p. 65

⁸⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, op. cit. p. 65: “La característica fundamental, en este aspecto, del Derecho penal es que se trata de un instrumento de control social formalizado; es decir, que reúne una serie de garantías que proporcionan la seguridad de unas respuestas previstas, objetivas e iguales. Precisamente por la magnitud de las respuestas penales consistentes, como sabemos, en la privación o restricción de la libertad u otros derechos, es preciso someterlo a la formalización”.

⁸⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, op. cit., 1999. p. 83.

⁸⁹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Edersa. Madrid, 1999. p. 32.

⁹⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho penal*, Palestra, Lima, 2003. p. 15-16.

penales, lo que en todo – absolutamente todo – vincula la Política criminal a ese principio⁹¹.

Lo cierto es que la Constitución garantiza los derechos a los ciudadanos. Se trata de una norma fundamental, la cual a través de sus principios limita el *ius puniendi* ejercido por el Estado, especialmente a través de los principios de legalidad⁹² y de proporcionalidad⁹³, lo que proporciona legitimidad a las sanciones penales⁹⁴, a través de la garantía de ser el castigo, previsto, necesario y proporcional en caso de haber sido lesionados o puestos en peligro los bienes jurídicos que esa propia norma fundamental elige proteger⁹⁵.

El Estado pretende evitar la comisión de delitos constituyendo el ejercicio del *ius puniendi*, una actuación radical del Estado, lo cual implica una limitación de derechos⁹⁶, y por lo tanto debe constituir el último recurso del que se valga el Estado, puesto que puede considerarse como una forma de control social formal de reacción, siendo el más violento de los métodos utilizados para la consecución de sus fines. Por eso la necesidad de fundamentarse en el principio de legalidad, que es el único que puede proporcionar seguridad suficiente a la administración de la justicia penal⁹⁷.

⁹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal*, Parte General. Tomo I. 2ª edición corregida y actualizada. Editorial Tecnos. Madrid, 2015. p. 79.

⁹² ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. 2ª edición. Traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier de VICENTE REMESAL. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 137 y ss.

⁹³ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos*. op. cit. pp. 65-66: “Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente”.

⁹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al. Curso de Derecho penal*, Parte General. Ediciones Experiencia. Barcelona, 2004. pp. 43-44.

⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho penal*. La ley y el delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1990, pp. 40-47.

⁹⁶ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*, op. cit., p. 30.

⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. op. cit. pp. 124 y ss.

Así. Antes de más nada, el principio de legalidad penal es fundamental para constituir una exigencia de la que no puede prescindir el legislador para guiar su actuación político criminal, o sea, a la hora de crear y reformar delitos y penas. No es, el principio, una mera proclamación, sino que un fundamental arsenal de garantías y exigencias normativas. En definitiva: no puede haber el principio sin las garantías que lo integran, como, por ejemplo: a) principio de taxatividad o certeza del tenor legal (*lex certa*); b) principio de prohibición de analogía (*lex stricta*); c) principio de prohibición de retroactividad (*lex praevia*); d) principio de prohibición de Derecho consuetudinario (*lex scripta*); además de otras garantías de carácter procesal⁹⁸.

En ese sentido, debiendo la Política criminal obedecer al principio de legalidad, es factible hablar de un “*Derecho penal Mínimo*”, de manera que habría que llevar a la esfera de aplicación del Derecho penal el mínimo de conductas transgresoras. Por lo tanto, no cabe el uso del Derecho represor en todas las situaciones de conflicto, ya que de ser así dejaríamos de encontrarnos en un Estado de Derecho, pasando a ser un Estado Policía, con la consecuente inseguridad y bajo una constante amenaza penal. Así, hay supuestos en los que, aunque haya fundamentada legalidad, no hay proporcionalidad entre la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por el Estado y el castigo impuesto al sujeto, es decir, el propio ejercicio del *ius puniendi* es desproporcionado⁹⁹.

⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo I. op. cit. p. 121: “El principio de legalidad es, en gráficas palabras de MEZGER, ‘un palladium de la libertad ciudadana’, y – por ello – el único principio que, en nuestra cultura jurídica, puede proporcionar un fundamento seguro a la administración de justicia. En el moderno Estado social y democrático de Derecho el principio de legalidad es una garantía de seguridad jurídica, y también de implícito reconocimiento de libertad: en Derecho – por autonomía, en el Derecho penal – está permitido todo aquello que no está prohibido por ley”.

⁹⁹ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996. p. 61: “Los efectos que despliega la proporcionalidad el Derecho penal democrático se articulan en dos ámbitos bien conocidos. Por un lado, obliga al legislador a no elevar la medida de las sanciones por encima de la gravedad del injusto del hecho. Como todo juicio de proporcionalidad, se resuelve en valoraciones y comparaciones, es decir, en una ‘ponderación’. En su reciente Manual, BERDUGO/ARROYO

De esta manera, es importante la investigación de la proporcionalidad entre las sanciones penales aplicadas y el grado de lesión o riesgo creado para el bien jurídicamente protegido. Así, para que haya legitimidad en la intervención del Derecho penal, no basta, pues, con el cumplimiento de los principios de legalidad y de culpabilidad¹⁰⁰.

En un ámbito de expansión del Derecho penal, claramente existente debido a la mayor complejidad de la sociedad postmoderna¹⁰¹, hay que analizarse esos fundamentos en ambientes distintos de la criminalidad tradicional. Tomemos como ejemplo los delitos económicos, donde la problemática anteriormente indicada es también importante. Se trata de delitos que poseen sus propias particularidades. Ello, unido a la inserción del fundamento económico, lleva a la Doctrina Jurídica al necesario análisis crítico de sus propios postulados dogmáticos¹⁰².

La diseminación transnacional y organizada de los delitos económicos, a veces con participación de miembros u órganos del propio Estado, genera un debate al respecto de la adopción de mecanismos preventivos/represivos, siempre

ofrecen una guía orientativa a este respecto, que comienza por afirmar la evidencia de que las penas más graves deben reservarse para los delitos que atacan los bienes jurídicos fundamentales, por lo que la medida máxima de las penas bien podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose en estos bienes la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos, como parece propio de un Estado social y democrático de Derecho. A su vez, las penas para cada delito o grupo de delitos que sirven a la tutela del bien jurídico deben acomodarse a la gravedad de la afectación del bien jurídico y a las propiedades subjetivas de la conducta que atenta contra él”.

¹⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Editorial Reppertor. op. cit. p. 136: “El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena. Aquel principio sólo exige que pueda “culpase” al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la gravedad de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena”.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpresión de la segunda edición. Editorial IB de F. Buenos Aires, 2006.

¹⁰² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Hammurabi. Buenos Aires, 2004. p. 41.

haciendo hincapié en los derechos fundamentales, en un ámbito del Estado Democrático de Derecho, donde los principios constitucionales en materia penal asumen especial relevancia¹⁰³.

De lo anterior es que está clara la aplicación de los principios aquí tratados en la esfera del Derecho penal económico. Además, tomemos como ejemplo un delito del Derecho penal económico, el de administración desleal, está claro que este tema adquiere una especial relevancia cuando se trata de un delito donde las relaciones que allí existen tienen especial complejidad¹⁰⁴; una comprensión adecuada sobre la proporcionalidad de las medidas penales es esencial para un análisis técnico del delito y sus consecuencias jurídicas¹⁰⁵.

B) Planteamiento Constitucional del principio de proporcionalidad en España y en Brasil

Es importante hacer un breve excursus para comprender algunas cuestiones antes de tratar del planteamiento constitucional de la proporcionalidad. El término “*principio*” puede tener distintos significados. Así, se puede definir como: inicio, origen, base, fundamento. En el área jurídica, se puede considerar que los *principios* son la ordenación que sirven como parámetro interpretativo para una concreta y correcta aplicación del derecho¹⁰⁶. Es clara la distinción, en este punto, entre principios y normas jurídicas¹⁰⁷.

¹⁰³ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Hammurabi. Buenos Aires, 2004. p. 39.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. McGraw-Hill. Madrid, 1997. p. 132.

¹⁰⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico*, op. cit., pp. 151-152.

¹⁰⁶ Específicamente a respecto de los principios como parámetros y límites interpretativos de la potestad punitiva, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho penal. Parte General*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1996. p. 28: “La compleja problemática que encierra el estudio de la potestad punitiva no permite un examen ‘global’ del tema. Esencialmente, la razón se encuentra en que, aunque exista una unidad superior en el problema, la potestad punitiva, se ejerce de distintas formas, o, si se prefiere, atraviesa sucesivas etapas; cada una de ellas, incide en cuestiones que condicionan y predeterminan lo que en la etapa ocurrirá siguiente. Simplificando, podría decirse que los problemas evolucionan desde los

Desde el punto de vista anterior, los principios son las normas fundamentales que rigen todo el sistema jurídico-penal. Se trata de valores superiores que inspiran la dogmática penal y todo el ámbito de aplicación de las normas de esa rama del Derecho, formando los presupuestos de las normas que determinan los delitos y las penas, así como su interpretación¹⁰⁸.

En definitiva, son los principios contenidos en el texto fundamental, o interpretados con base en él, los verdaderos fundamentos y límites del Derecho penal, constitucionalizando la Política criminal de un estado y sometiendo el sistema penal a esas reglas generales de interpretación y determinación. En otros términos, los principios son valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados por la Constitución como limitadores del poder punitivo¹⁰⁹.

Son diversas las formas de clasificación de los principios constitucionales en Derecho penal¹¹⁰. Ahora bien, nos interesa estudiar de forma detallada el principio de proporcionalidad, pues nos parece que es un gran rector de la Política criminal del Estado, así debemos determinar su planteamiento constitucional. En seguida, trataremos de los demás principios, con el objetivo de

presupuestos generales del ejercicio de la potestad hasta la materialización de la correspondiente represión sobre un individuo concreto”.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. p. 86: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.

¹⁰⁸ En este trabajo no hay la pretensión de una apreciación exhaustiva de todos los principios constitucionales que limitan el poder punitivo estatal y delimitan la Política criminal, aunque se reconozca su importancia, hasta porque los autores no coinciden con el rol de principios y su ubicación en el sistema. Ver al respecto, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*, op. cit., pp. 48-49.

¹⁰⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. op. cit. pp. 106-107.

¹¹⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. op. cit. pp. 45-46.

tornar más didáctico y claro el análisis del principio de proporcionalidad que aquí se realizará ¹¹¹.

Toda Constitución manifiesta garantías y límites que integran un Estado de Derecho, de eso derivan los principios, que van más allá de lo que se determina a través de las normas que componen el ordenamiento jurídico, guardando una importancia particular para la interpretación del sistema y para su aplicación a un caso concreto ¹¹².

Es interesante destacar que también DWORKIN, ha consagrado la importancia del valor “*principio*” en el ordenamiento jurídico, como un conjunto de normas que contienen una dimensión interpretativa o valorativa – relativa a quien interpreta-, en contraposición con las reglas, que pueden o no ser aplicables a un caso concreto ¹¹³.

¹¹¹ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. op. cit. p. 60.

¹¹² En el ordenamiento jurídico español, señala AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 43-44: “Los tres componentes de la fórmula establecida en el artículo 1.1 CE, ‘España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...’, son la base, en opinión de MIR PUIG, de los límites que han de respetarse en el ejercicio del *ius puniendi*. Por una parte, el Estado social implica varios límites relacionados con la idea de la ‘necesidad social de la intervención’: la función de prevención estaría legitimada en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Los principios que se derivan de la idea del Estado social serían: el principio de utilidad en la intervención penal, principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal, y, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Un Estado que pretenda ser democrático debe dotar al Derecho penal de un contenido que respete al ciudadano, quien posee una serie de derechos “derivados de la dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social”. Desde esta perspectiva, estudia MIR PUIG los principios de humanidad, proporcionalidad, culpabilidad y de resocialización. En último lugar, el Estado de Derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad, con las garantías que el mismo conlleva”.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Duckworth. London, 1978. pp. 26-27: “The first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect, one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. (...)

Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being functionally important or unimportant. (...)

If two rules conflict, one of them cannot be a valid one. (...)”

El sentido valorativo en la aplicación de los principios hace nacer una concepción interesante de ponderación en la aplicación de la Ley penal, es decir, colocar un énfasis en el análisis de la proporcionalidad de cualquier medida punitiva centrada en la idea de justicia, fundada en los derechos fundamentales protegidos por los principios constitucionales¹¹⁴. Son, por tanto, los principios la base del sistema jurídico, participando del sistema de interpretación y reforzando la idea de justicia y equilibrio.

Ya vimos, pues, que el fundamento del *ius puniendi* se encuentra establecido de acuerdo con la Constitución, configurándose así los límites y controles a la ciencia del Derecho penal, es decir, los denominados *principios* (especialmente la legalidad). La pena que establezca el legislador aparejada a la comisión de un delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho punible¹¹⁵.

El principio de proporcionalidad establece un modelo argumentativo crítico de ponderación, y esa concepción remonta a las ideas de ARISTÓTELES¹¹⁶, es decir, ya se consideraba en ese entonces la proporcionalidad como una medida de justicia hace muchísimo tiempo.

¹¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO. Editorial Ariel. Barcelona, 1980. p. 409: “La ‘ponderación de bienes en el caso particular’ llevada a cabo cada vez con más frecuencia por los tribunales, es un método de desarrollo del Derecho, porque sirve para solucionar colisiones de normas –para las que falta una regla expresa en la ley-, para delimitar unas de otras las esferas de aplicación de las normas que se entrecruzan y, de este modo, concretizar los derechos, cuyo ámbito, como el del derecho general a la personalidad, ha quedado en blanco”.

¹¹⁵ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 113: “En un Derecho de la intervención como lo es el Derecho penal, las garantías del Estado de Derecho han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, así como la función de minimizarlas y controlarlas. Y en este contexto, se puede afirmar que el principio central es el de la proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso”.

¹¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco. Libro V*. El Cid Editor. Santa Fe, 2004. p. 220-221: “De manera que lo justo es cosa que consiste en proporción; (...) porque la proporción es igualdad de cuenta (...); quiero decir de lo que no admite proporción porque la proporción tiene, es el medio, y por justo es medio que consiste en proporción”.

En sentido amplio, el principio de proporcionalidad revela la prohibición de exceso, en todos los ámbitos de los poderes del Estado¹¹⁷. En sentido estricto, la representación de un equilibrio en el cual los beneficios obtenidos con la actuación estatal sean superiores a los daños. El principio debe ser utilizado para obtener una aplicación coherente y segura de la norma, preservando el máximo de derechos y garantías fundamentales. Según el principio de proporcionalidad, siempre que haya derechos en colisión, será necesario utilizarse sus presupuestos¹¹⁸.

Ciertamente, el principio en estudio se traduce en la búsqueda por equilibrio y armonía; la ponderación de derechos e intereses en el momento de creación de la norma en abstracto (legislativo) y en el caso concreto (aplicación y ejecución de la norma), como mejor forma de atención de esos mismos derechos¹¹⁹ - o sea, imprescindible para la Política criminal. Cabe mencionar que se hace necesario el sometimiento de las medidas restrictivas de derechos y libertades a criterios racionales de proporcionalidad que justifiquen la restricción operada de acuerdo con valores constitucionalmente reconocidos¹²⁰.

¹¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I, op. cit., p. 263: “En nuestro Ordenamiento penal, de conformidad con este principio, no pueden ser sancionados los delitos con penas desorbitadas que no guarden una efectiva relación de proporcionalidad entre la gravedad de la acción delictiva y la pena prevista en el tipo legal”.

¹¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. op. cit. p. 472: “Entre los principios en forma de norma jurídica se pueden contar también los principios del ‘medio más idóneo’ y de la ‘restricción menor posible’, que, como hemos visto, sirven muchas veces a los tribunales como pauta de ‘ponderación de bienes’. Están ‘en forma de norma jurídica’ en cuanto que, en el caso concreto, sólo existe un medio ‘más idóneo’, sólo una restricción ‘menor posible’ -la que protege suficientemente el bien preferido- del bien postpuesto; no se requiere, por tanto, una ulterior concretización de la pauta. En cambio, en el caso del principio de proporcionalidad, en su formulación más general, en la que requiere o exige únicamente una ‘relación adecuada’ entre medio y fin y que el daño que sobrevenga no ‘esté sin relación con el peligro’ que debía ser evitado se trata de un principio ‘abierto’, porque en estos casos es imprescindible una valoración complementaria. Con ello no se trata de otra cosa que, de la idea de la justa medida, del ‘equilibrio’, que está inseparablemente unida a la idea de justicia”.

¹¹⁹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 114.

¹²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. op. cit. p. 413: “Ello, sin embargo, implica que ideas como justicia o proporcionalidad no se conciben como garantías individuales sino como funciones sociales, con la evidente mistificación que ello supone”.

En el ámbito del Derecho penal, AGUADO CORREA destaca la “funcionalidad del principio en la tipicidad, la antijuricidad y en el establecimiento del enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica”¹²¹. Sin embargo, para una mejor comprensión del principio, es necesario hacer un breve análisis de su desarrollo, ocurrido especialmente en la época de la Ilustración¹²² (aunque eso se remonte a los tiempos de ARISTÓTELES, como vimos *supra*), cuando se plantearon los principales fundamentos del Derecho penal moderno¹²³.

Después de su desarrollo inicial en el Derecho penal, el principio pasa a ser largamente estudiado en el ámbito del Derecho administrativo, donde ha sido utilizado como regla respecto al uso del poder de la policía, como mecanismo capaz de controlar los Poderes en el ejercicio de sus funciones, evitando arbitrariedades. Fue, después, incorporado al corolario de principios del Derecho público, incluido el Derecho penal, y posteriormente en un principio general del ordenamiento jurídico¹²⁴.

La formulación actual del principio de proporcionalidad en el ámbito constitucional se debe a Alemania, ya habiendo reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de aquel país, exigiendo un respeto por parte de todos los poderes públicos, ya que ha extraído su interpretación de la propia concepción del Estado de Derecho¹²⁵.

¹²¹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 114-115.

¹²² BERDUGO GOMES DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de derecho penal. I. Parte general*, instrumentos y principios básicos del derecho penal. Editorial Praxis. Barcelona, 1994. p. 57.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 398.

¹²⁴ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 56-57.

¹²⁵ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 63-65: “La formulación actual del principio de proporcionalidad se debe en gran medida, como ya hemos señalado, al Tribunal Constitucional alemán. (...)”

Aun cuando se trata de un principio no regulado de forma expresa en la Constitución alemana, viene siendo calificado por el BVerfG como máxima constitucional (BVerfGE, 23, 127, 133). En parte como un elemento autónomo y en parte como elemento derivado de principios constitucionales expresamente regulados. La jurisprudencia del BVerfG ha extraído

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, adquirió en Alemania el contenido de aplicación al caso concreto: que la medida sea idónea, necesaria y proporcional para el fin deseado¹²⁶. Así entonces, se verifica que el principio de proporcionalidad tiene una triple dimensión¹²⁷.

Planteamiento constitucional del principio en España

Aunque existan posturas doctrinales distintas en España con relación al planteamiento constitucional del principio de proporcionalidad¹²⁸, no habiendo consenso acerca del artículo donde estaría consagrado el principio, es determinante la postura del Tribunal Constitucional.

El principio de proporcionalidad no se encuentra contemplado como un derecho fundamental, lo cual sí ocurre con el principio de legalidad, aunque haya necesidad de respeto a la proporcionalidad para el propio funcionamiento del Estado Democrático de Derecho. Ese principio es reconocido implícitamente en algunos ordenamientos constitucionales¹²⁹. El Tribunal Constitucional español

dicho principio básicamente de otro principio, el del Estado de Derecho, y de los derechos fundamentales, ámbito en el cual adquiere particular importancia, sin llegar hasta el punto de reconocer que se trate por sí mismo de un derecho fundamental. Actualmente ya no se discute en la doctrina alemana la exigencia de respeto de ese principio por parte de los tres poderes públicos: legislativo, judicial y ejecutivo. Se trata de un principio general del Ordenamiento jurídico que abarca a todos los ámbitos del Derecho, debiéndose respetar incluso en la aplicación e interpretación de las normas del Derecho ordinario”.

¹²⁶ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 67.

¹²⁷ BERDUGO GOMES DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de Derecho penal*. op. cit. pp. 57-58.

¹²⁸ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 120-125.

¹²⁹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 134: “(...) no podemos afirmar, sino que el principio de proporcionalidad es un principio constitucional que cabe inferir de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 CE. No se trata, como ocurre con el principio de legalidad, de un principio contemplado como un derecho fundamental, sino, tal y como ha expresado el Tribunal Constitucional, un principio reconocido implícitamente en tres preceptos constitucionales de gran relevancia como son aquel en el que se afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho y propugna como valores superiores

parece acoger esa tesis a partir de su importante Sentencia 55/1996, dando transcendencia constitucional al principio¹³⁰.

En verdad, independientemente de su ubicación en la Constitución, su gran importancia está en su ámbito de aplicación, o sea, en la protección de los derechos fundamentales o por evitar una excesiva vulneración de determinados derechos¹³¹. En este sentido, es importante el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 55, del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 1996¹³²:

“3. Como se ha apuntado en el fundamento jurídico 1º, los órganos judiciales proponentes plantean, como cuestión fundamental, "la posible inconstitucionalidad del art. 2.3 de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre (...) por su posible oposición al principio de proporcionalidad derivado de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución" y, en segundo lugar, porque la pena prevista en este precepto supone un sacrificio desproporcionado de los derechos a la libertad personal (art. 17 C.E.) y a la libertad ideológica (art. 16 C.E.).

Esta apelación genérica al principio de proporcionalidad exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer

de su ordenamiento la justicia y la libertad (art. 1.1 CE); el artículo 9.3, en el cual se contempla el principio de prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, y, finalmente, el principio de proporcionalidad se puede inferir de la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10.1 CE. La importancia de estos tres artículos es tal que GARRIDO FALLA ha afirmado que conforman 'la trilogía de los que realizan la positivación de principios generales que constituyen una de las características de la Constitución'".

¹³⁰ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 130.

¹³¹ CARBONELL, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008, p. 182: "La finalidad última del principio de proporcionalidades, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial".

¹³² ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 55/1996*, de 28 de marzo de 1996. Consulta: 28 de mayo de 2013. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3107>

lugar, debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales - y en particular de los aquí invocados - y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.

El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC [62/1982](#), fundamento jurídico 5º; [66/1985](#), fundamento jurídico, 1º; [19/1988](#), fundamento jurídico 8º; [85/1992](#), fundamento jurídico 5º; [50/1995](#), fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC [160/1987](#), fundamento jurídico 6º; [50/1995](#), fundamento jurídico 7º; [173/1995](#), fundamento jurídico 2º), del principio del Estado de Derecho

(STC [160/1987](#), fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC [6/1988](#), fundamento jurídico 3º; [50/1995](#), fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC [160/1987](#), fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos.

Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos, resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción.

En el presente caso, aunque los Autos de cuestionamiento se refieren en su parte dispositiva al principio de proporcionalidad en relación con los arts. 1.1, 9.3 y 10 C.E., lo cierto es que en los fundamentos jurídicos no precisan en ningún momento en que afecta la alegada desproporción a los valores y principios de justicia, interdicción de la arbitrariedad y dignidad de la persona, sino que se refieren únicamente a la afectación que la misma produce en los derechos consagrados en los arts. 16 y 17 C.E. Esta es, pues, la perspectiva de enjuiciamiento que debemos adoptar aquí, analizando si la sanción establecida por el legislador entraña un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad ideológica y de libertad personal, derecho este último que invocado en el contexto de penas de privación de libertad remite naturalmente al art. 25.1 C.E. Con todo, antes de proceder a este enjuiciamiento debemos analizar las dudas de inconstitucionalidad relacionadas con el art. 25.2 C.E. que suscitan los órganos judiciales”.

En definitiva, se puede afirmar que, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad se encuentra amparado implícitamente en diversos preceptos constitucionales¹³³, en particular en relación con los principios generales que informan el Estado de Derecho: los artículos 1.1, 9.3, 10.1 CE¹³⁴. De hecho, se podría decir que este principio se encuentra en el seno de cada derecho fundamental que sea vulnerado por la medida desproporcionada a ser cuestionada, es decir, se trata de un límite implícito a la creación o ejecución de las normas¹³⁵, en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹³⁶.

¹³³ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 134-136.

¹³⁴ ESPAÑA. Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado. 29 de diciembre de 1978. “Artículo 1:

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 9:

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Artículo 10:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹³⁵ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 136-137: “Importante resulta la afirmación contenida en la STC 55/1996, en la que se precisa que el principio de proporcionalidad constituye un canon de constitucionalidad que no puede ser alegado de una forma aislado en relación con los otros preceptos constitucionales. Sin embargo, como el propio Alto Tribunal se encarga de recordarnos, el principal ámbito de aplicación del principio de constitucionalidad es el de los derechos fundamentales, por lo que no será difícil que en el ámbito de Derecho penal la falta de proporción implique un sacrificio innecesario o excesivo del derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 CE, puesto que, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, toda norma penal conlleva una restricción de la libertad individual, con la consiguiente posibilidad de interponer un recurso de amparo”.

¹³⁶ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. pp. 147-148: “Tal y como ha concretado el Tribunal Constitucional estas condiciones, cabe decir que en virtud del primer subprincipio, la medida ha de ser apta para alcanzar el fin pretendido. La necesidad de la medida implica que no se podía optar por otra igualmente eficaz, que no gravase o lo hiciese en menor medida los derechos afectados. En último lugar, el sacrificio que se impone al derecho correspondiente debe guardar un razonable equilibrio o proporción con los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar.

Los tres subprincipios en los que cabe descomponer el principio de proporcionalidad en sentido amplio, los concretaremos en el ámbito del Derecho penal de la siguiente forma. En

Planteamiento constitucional del principio en Brasil

Al igual que en España, el principio de proporcionalidad tampoco se encuentra en la Constitución brasileña de 1988. Anterior a la promulgación de la Carta Magna, algunas sentencias, sin invocar el principio expresamente, lo utilizaban como criterio valorativo de la constitucionalidad de algunas leyes. Es un precedente histórico importante, aunque sea en materia tributaria, la Sentencia del Recurso Especial n.º 18.331¹³⁷, del Supremo Tribunal Federal brasileño, de 1953¹³⁸. Después de esta sentencia, algunas otras siguieron la misma línea argumentativa, lo cual significa que el principio tuvo una acogida constitucional considerable.

El Supremo Tribunal Federal solamente llegó a reconocer expresamente el principio de proporcionalidad en la decisión de una ADIN¹³⁹ (ADIN no 855-2), en que se discutía la constitucionalidad de una Ley del estado federado del Paraná, en 1993, que trataba básicamente sobre la obligatoriedad de la presencia del consumidor en el momento del pesaje del balón o cilindro de gas.

primer lugar, el principio de idoneidad requiere que el Derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue. El principio de necesidad en Derecho penal se concreta, por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los dos postulados que lo integran: ultima ratio y carácter fragmentario del Derecho penal. El principio de proporcionalidad en sentido estricto viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina”.

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de Brasil – STF, RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), p. 164s.

¹³⁸ En Alemania, con la jurisprudencia actual, eso pudo haber sido tratado por medio del principio de proporcionalidad. La cuestión es respecto a una opción valorativa del gobierno, que *prima facie* indicaría la aplicación de un control de razonabilidad. Por detrás de esa orientación, por cierto, existe una referencia –aunque sea indirecta e implícita– a una noción general de proporcionalidad y razonabilidad: los impuestos deben ser razonables, la carga debe ser proporcional a la capacidad contributiva.

¹³⁹ La llamada “*Ação Direta de Inconstitucionalidade*” (ADI o ADIn) es un instrumento utilizado en el control directo de constitucionalidad de las leyes y actos normativos, ejercido en el Supremo Tribunal Federal brasileño. La acción es reglamentada por la Ley federal brasileña n. 9.868/99.

Aunque el principio no esté expresamente en el seno de la Constitución brasileña, es posible reconocerlo a través de la propia fórmula del Estado Democrático de Derecho, ya que, como vimos, ese principio comporta un juicio de ponderación. Sí puede verificarse a través de la consagración del *principio de la dignidad*, que es uno de los fundamentos del Estado. Así, la Constitución, reconociendo esos derechos fundamentales, determina implícitamente que la legislación del Estado –en especial la legislación penal –debe, necesariamente, ser ponderada con la utilización de esos valores constitucionales.

Sin embargo, la proporcionalidad presenta una importancia estructurante en todo el sistema jurídico, actuando para que sus imperativos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto sean atendidos y limiten la actuación del poder estatal, como ya vimos. Así, representa especial característica de garantía a los ciudadanos, imponiendo restricciones a la libertad individual, pero que sean ponderadas con la necesaria tutela a determinados bienes jurídicos.

El Supremo Tribunal Federal entiende que está en el artículo 5º, LIV¹⁴⁰ de la Constitución brasileña el fundamento principal del principio de proporcionalidad. Este artículo trata exactamente del debido proceso legal, y como ejemplo se puede citar su aplicación en los siguientes precedentes: ADIN 958 (11/05/1994), ADIN 1158 (19/12/1994), ADIN 2667 (19/06/2002)¹⁴¹.

¹⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁴¹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio de proporcionalidade*, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008. p. 82: “No Brasil, o STF inclina-se por vislumbrar a proporcionalidade como postulado constitucional que tem sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal, em sua perspectiva material (art. 5º, inc. LIV, da CF)”.

Es ampliamente reconocido por la doctrina brasileña que, así como en el ordenamiento jurídico español, sí constituye la proporcionalidad una norma general de derecho, que existe de manera dispersa en el texto constitucional y en las leyes ordinarias. El juicio es desarrollado de la manera operada por la jurisprudencia alemana, es decir, de manera trifásica¹⁴².

El principio de proporcionalidad se presenta como una de las ideas fundamentales en la Constitución, de manera que se complementa en relación al principio de la reserva legal (art. 5º, II)¹⁴³. Eso se debe al hecho de que cualquier acción por parte del Poder Público debe ser conforme a la ley formal, y que debe tener como parámetro la proporcionalidad, pues el legislador no está libre de los límites cuando elabora la norma, además, cuando actúa con el fin de reducir algún derecho fundamental. Una vez que el principio de legalidad tiene como uno de sus aspectos esenciales la observación de la inafastabilidad del control jurisdiccional (art. 5º, XXXV)¹⁴⁴, es importante notar que se aplica a cualquier acto practicado por el poder público que sea considerado por aquel destinatario como desproporcional¹⁴⁵.

La Corte Constitucional brasileña parece tener adoptado la denominación clásica del principio de proporcionalidad, que es usada reiteradamente desde la primera sentencia proferida en sede de su control de constitucionalidad, ya

¹⁴² FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio de proporcionalidade*. op. cit. p. 82: “O desenvolvimento dogmático da proporcionalidade está diretamente associado a evolução histórica em torno das funções dos direitos fundamentais, onde sua invocação encontra especial relevância. Aqui desenvolvemos o juízo de proporcionalidade tal e como operado pela doutrina e jurisprudência alemãs, alcançando-o a partir de um raciocínio escalonado, trifásico, envolvendo as parciais que analiticamente a estruturam: os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

¹⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. “Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁴⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988. “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

¹⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007. p. 67.

citada, de 1993. Se trata de un *leading case* en materia de proporcionalidad, aunque no sea en la esfera penal. Así las cosas, se percibe que el principio de proporcionalidad es usado en creciente frecuencia para la verificación sobre constitucionalidad de actos del Estado, y como instrumento de protección de los derechos fundamentales. Citamos como ejemplo una Sentencia donde se tratan de las tres dimensiones del principio; la Sentencia del Habeas Corpus n. 104.410/RS, que trata de una situación de delito de peligro abstracto y analiza la materia a través de la óptica del principio de proporcionalidad. Esta sentencia¹⁴⁶ establece explícitamente las tres dimensiones del principio en sentido amplio, citando la doctrina de AGUADO CORREA en relación al contenido del principio de proporcionalidad:

“A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato, por isso, deve ser objeto de rígida fiscalização a respeito da sua constitucionalidade; especificamente, sobre sua adequação ao princípio da proporcionalidade¹⁴⁷.”

A criação de tipos de perigo abstrato, por si só, é um comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção de bens jurídico-penais supra individuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Por tanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 104.410/RS*. Consulta en 28 de mayo de 2013. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. P. 24-27.

¹⁴⁷ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 325 y ss.

preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade e a adequação.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade dessa atividade legislativa em matéria penal, de acordo com os parâmetros a seguir delineados.

Em primeiro lugar, no âmbito de análise segundo a máxima da adequação, é possível constatar que não serão idôneos para a proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos de perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão. Isso quer dizer que os crimes de perigo abstrato devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento legislativo – edá a importância da verificação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle judicial de constitucionalidade – geralmente configuram perigo para o bem jurídico protegido, estando descartados aqueles que apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo. Conforme as lições de AGUADO CORREA:

‘Como conclusión, podemos afirmar que serán idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos cuando, según la forma y la intensidad de los ataques, sea necesaria su protección frente a peligros abstractos; cuando se trate de prohibir comportamientos que no afectan de modo alguno al bien jurídico correspondiente serán inidóneos. Por otra parte, únicamente es inidóneo el tipo penal cuando es peligroso en abstracto cuando las distintas formas de actuación que se prohíben normalmente supongan un peligro para el bien jurídico protegido

y no cuando tan solamente en casos excepcionales puede suponer un peligro para el mismo'¹⁴⁸.

Nesse sentido, segundo a máxima da necessidade, quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como ultima ratio. Assim, como explica AGUADO CORREA:

‘Para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de ofensividad es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que solo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido’¹⁴⁹.

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, deverá ser verificado se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma

¹⁴⁸ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 365.

¹⁴⁹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 394.

relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão alcançada pela medida normativa de caráter penal. Em outros termos, quanto maior for a intervenção penal em direitos fundamentais dos afetados, maior deverá ser a efetiva proteção do bem jurídico por ela almejada. Nas palavras de AGUADO CORREA:

‘El tercer nivel del principio de proporcionalidad en sentido amplio pretende ser un control de signo opuesto de aquellas medidas que han sido consideradas idóneas y necesarias, en el sentido de si los medios utilizados, que son los que causan esa restricción de derechos fundamentales en los afectados, se encuentran en una relación de proporción con la protección del bien jurídico que a través de los mismos se pretende alcanzar. Este examen puede llevar a la conclusión de que un medio en principio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico, no debe ser utilizado porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de manera que la utilización de dicho medio de protección puede ser reputado desproporcionado. Ello implica que bajo determinadas circunstancias se deja de proteger legítimamente el bien jurídico porque, de lo contrario, se produciría un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales’¹⁵⁰.

No se puede, también, dejar de citar la Sentencia que tal vez sea una de las más importantes en la historia del Supremo Tribunal Federal: se trata de la ADIN 3510 (j. 29/05/2008), en que se cuestionó la legitimidad constitucional de la Ley 11.105/05, que permite, para fines de pesquisa y en determinadas condiciones, la utilización de células-tronco embrionarias¹⁵¹.

¹⁵⁰ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. op. cit. p. 403.

¹⁵¹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, principio de proporcionalidade*. op. cit. pp. 96-97.

Además, como ejemplo de una de las dimensiones del principio, sobre la proporcionalidad en sentido estricto, se puede observar en el artículo 59¹⁵² del Código Penal brasileño¹⁵³, especialmente en el sentido de aplicación de la Ley, ya que determina que el juez debe atender a la culpabilidad, reprobación y prevención del delito, cuando de la determinación de la condena.

Así, se puede percibir, en definitiva, que el principio de proporcionalidad está ampliamente amparado en la legislación y jurisprudencia española y brasileña, inclusive con el reconocimiento de las tres dimensiones del principio y de su necesaria aplicación en el ámbito de creación y aplicación de las normas, lo que es de gran importancia dentro de la comprensión de que la proporcionalidad constituye una de las fuerzas motrices más importantes que deberían determinar la Política criminal del Estado.

IV.- Otros principios constitucionales de Política criminal

Más allá de los principios de legalidad y de proporcionalidad, que son las verdaderas anclas de la Política criminal, hay que hacer algunas breves consideraciones sobre otros principios constitucionales en esa materia, ya que, debido a su complejidad, hay diversas otras consideraciones que deben ser hechas para un correcto ejercicio de la política que será rectora del poder penal.

¹⁵² BRASIL. *Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de julho de 1984.

¹⁵³ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Brasília, 31 de dezembro de 1940. “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)”

A) Principio de igualdad ante la ley

El principio de igualdad ante la ley encierra una limitación al poder normativo penal del Estado – y por tanto a la Política criminal – ya que determina que la creación de leyes se direcciones a normas generales, dirigidas a todos los ciudadanos, y les contemplan como iguales. No supone otorgar a todos los ciudadanos un trato completamente uniforme, sino un trato que no sea discriminatorio¹⁵⁴. En definitiva, los iguales son tratados como iguales, los desiguales, como desiguales¹⁵⁵.

En España está consagrado en el artículo 14 de la Constitución, en virtud del cual nadie puede sufrir discriminación ante la ley por causa alguna. Constituye un criterio de referencia para múltiples problemas penales, por tanto, de Política criminal, relativos a cuestiones varias cuanto a la producción y aplicación de normas penales¹⁵⁶.

El Derecho penal, y su Política criminal, comportan en cierta medida una renuncia a la libertad total, dentro del contrato social¹⁵⁷ para vivir en sociedad. La igualdad es uno de los elementos propios de esa renuncia, sin ella, no hay equilibrio y el modelo democrático se degenera por más que siga teóricamente vinculante. Desde ahí su gran importancia para la Política criminal en el propio Estado democrático de Derecho¹⁵⁸.

¹⁵⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. op. cit. pp. 107-108.

¹⁵⁵ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, op. cit. p. 57.

¹⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo I, op. cit., p. 80.

¹⁵⁷ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición, op. cit., p. 45.

¹⁵⁸ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, op. cit. p. 18: “En el contrato social las partes contratantes, obligadas a vivir en sociedad, renuncian a una parte de su libertad natural, consiguiendo así, que la libertad de todos quede garantizada. La igualdad y la reciprocidad de esta renuncia a la libertad son los elementos propios de este contrato social: sin su equilibrio el modelo teórico democrático degenera en el dominio de unos sobre otros. El contrato social, adoptado como fundamento del derecho no es, sin embargo, tan obvio en la convivencia cotidiana, por más que

Debiendo el Derecho penal poseer proposiciones jurídicas respetando garantías individuales, la Política criminal debe ser construida obedeciendo a los principios constitucionales – el proceso de construcción es lógico, y el aporte de conocimientos que existe entre Criminología, Derecho penal y Política criminal es constante¹⁵⁹.

La igualdad es el criterio de atribución de lo que está en conformidad (o en total discrepancia) con el derecho. El símbolo formal de la validez jurídica, bajo el cual se expresa la unidad operativa, y pertenece a prácticamente cualquier cultura democrática del Derecho¹⁶⁰.

El principio de igualdad tiene tamaña importancia que HASSEMER coloca ese principio al lado de la proporcionalidad: “...se halla ubicado tan cerca del corazón de la estrella que guía todo derecho, la Justicia, que podría pensarse que tan sólo es una formulación diversa de esa misma Justicia: del mismo modo que el trato igual es la base de toda Justicia, que una acción no puede ser justa que trate de modo desigual lo que es igual...”¹⁶¹.

B) Principio de humanidad o de respeto a la dignidad humana

También el principio de respeto a la dignidad humana es imprescindible a los Estados democráticos, y también está anclado en la Constitución española,

teóricamente sea evidente y normativamente vinculante. Se hace, por tanto, necesario marcar además con específicas garantías los límites de la renuncia a la libertad”.

¹⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología: Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, 2ª Edición Corregida y aumentada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. pp. 88-89.

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, traducción de Javier TORRES NAFARRATE, 2ª edición, Editorial Herder, México, 2005. p. 167.

¹⁶¹ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar?* Razones por las que merece la pena la pena. op. cit., p. 135.

en sus artículos 10, 15 y 25. Tiene varias implicaciones, además en se tratando de un derecho punitivo¹⁶².

El Derecho penal, y así la Política criminal, por tener carácter eminentemente punitivo como debe ser, y muchas veces llevar a cabo providencias contundentes que hacen frente a libertades y derechos de los ciudadanos, deben guardar fuerte relación con la dignidad de las personas, así, esa dignidad, así como la libertad, y otros tantos derechos fundamentales que fueron conquistados, deben tener especial atención en la formulación de la Política criminal del Estado¹⁶³. Así, el sistema penal debe limitarse a punir con los marcos de lo que sea coherente con la dignidad humana reconocida por la sociedad¹⁶⁴.

No vamos aquí enfrentar la discusión de si hay diferentes “conceptos de dignidad” imperantes en diferentes sociedades, donde habrán estabilizadas diferentes matrices y expectativas básicas de derechos, así como la propia plasmación general del concepto, debido a elementos culturales, religiosos, morales, filosóficos, antropológicos, políticos, económicos, etc..¹⁶⁵.

De todas maneras, es importante señalar la difícil misión de la Política criminal, buscando el equilibrio entre la estrategia de lucha contra el crimen – lo que vulnera ciertas garantías – protegiendo ciudadanos de las agresiones más

¹⁶² POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo I, op. cit., p. 80.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., Madrid, p. 21.

¹⁶⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?* *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, número 3, pp. 515-546, 2004, p. 530.

¹⁶⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal*. op. cit., p. 532.

graves a los bienes jurídicos colectivos e individuales, y el respeto a la dignidad y libertad del ciudadano¹⁶⁶.

En definitiva, la suposición de que del sistema jurídico irradian normas y valores con conceptos importantes, uno de ellos la dignidad humana – otros ejemplos son la libertad, la igualdad, el Estado de Derecho, democracia – que dan sustancialidad a los sistemas jurídicos¹⁶⁷. O sea, el propio Estado de Derecho exige el respeto a la dignidad humana como punto de partida irrenunciable – el colectivo, o mejor, las creencias colectivas compartidas por los individuos forman las prohibiciones que van a dar el tono necesario a la dignidad humana – desde ahí su gran importancia para delimitar los contornos de la Política criminal del Estado¹⁶⁸.

Para HASSEMER, la dignidad humana, junto a la proporcionalidad y la eficacia, es uno de los tres puntos¹⁶⁹ referentes para una teoría de la pena que pueda lograr aproximarse de la realidad, o “utilizarse como brújula o referentes orientadores”¹⁷⁰. En cuanto a la dignidad humana, según el autor, en un Estado de Derecho, ninguna meta o consideración puede justificar la menor violación a sus postulados¹⁷¹.

Así, en respecto a la autonomía moral de los individuos, la prevención general positiva no debe ser utilizada como fundamento de la intervención punitiva y, por tanto, no hay que ser el fundamento de una Política criminal de un

¹⁶⁶ BORJA JIMENEZ, Emiliano. Sobre el concepto de Política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin, *ADPCP*, vol. LVI., 2003, p. 138.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. p. 159.

¹⁶⁸ GARLAND, David. *Castigo y Sociedad Moderna*, un estudio de teoría social. Traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, Siglo Veintiuno Editores, México, 1999. p. 55.

¹⁶⁹ En el mismo sentido KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y Culpabilidad* en el Estado democrático de Derecho, op. cit., pp. 150-151.

¹⁷⁰ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar?* Razones por las que merece la pena la pena. op. cit., p. 79.

¹⁷¹ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar?* Razones por las que merece la pena la pena. op. cit., p. 80.

Estado democrático de Derecho, eso en atención justamente a la dignidad humana¹⁷².

En un ámbito actual de creciente asentamiento de la Política criminal denominada “*práctica*”, de orientación intimidatoria y inocuizadora – justamente propulsada por el ambiente oportunista y populista – más que nunca hay que hacerse hincapié a la orientación político-criminal hacia la dignidad humana¹⁷³. No hay que olvidarse el contexto socio-cultural donde se hará la Política criminal, pues eso condiciona la propia dignidad humana, pero el concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales deben ser siempre los marcos de la Política criminal¹⁷⁴.

En definitiva, una de las finalidades de la justicia criminal y, por tanto, de la propia Política criminal, es la defensa del Estado democrático de Derecho. Eso se hará a través de la propia defensa de la dignidad humana, ya que es principio del propio Estado democrático de Derecho la defensa de la libertad y de la seguridad jurídica del ciudadano¹⁷⁵. O sea, tratase de un deber fundamental del Estado de Derecho¹⁷⁶. Así, está muy claro que la humanidad debe ser fundamento básico de la Política criminal, constituyendo uno de sus importantes principios, irrevocables¹⁷⁷.

Según ZUÑIGA, “*el principio de humanidad otorga una dimensión axiológica a la Política criminal, sin la cual sería simplemente puro pragmatismo. Concretamente, el principio de humanidad introduce un calibre humano a todo el sistema penal: al legislador, quien no puede establecer leyes en contra de los derechos fundamentales*”¹⁷⁸.

¹⁷² MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 175.

¹⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y Persona*, op. cit., p. 20-21.

¹⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y Persona*, op. cit., p. 28-30.

¹⁷⁵ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., p. 25.

¹⁷⁶ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., pp. 40-41.

¹⁷⁷ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., p. 41.

¹⁷⁸ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., pp. 179-180.

C) Principio del acto

La Política criminal debe delinear un Derecho punitivo que vise a los actos, no al autor ni a la voluntad, pues debe sancionar al sujeto que realice una conducta delictiva – sin acción, sin ejecución de la voluntad, no hay delito¹⁷⁹. Ese principio, que también es conocido como del hecho, de la acción o de la conducta, exige, por tanto, la exteriorización de la voluntad en una acción delictiva, y la prohibición en sancionar meros pensamientos, pues esos no delinquen¹⁸⁰.

Así, está clara y manifiesta su consecuencia en la Política criminal. Las leyes penales, el ejercicio del poder penal, debe siempre estar direccionado a hechos punibles, jamás a determinados autores o a determinados pensamientos o ideas. La punibilidad, así, debe siempre vincularse a una acción concreta descrita típicamente¹⁸¹.

El acto es, justamente, el primer carácter del delito, y es una conducta humana voluntaria que produce un resultado¹⁸². Así, debe siempre la Política criminal estar direccionada a criminalizar *conductas voluntarias*.

¹⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo I, op. cit., p. 84.

¹⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo I, op. cit., p. 84.

¹⁸¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. op. cit. p. 176: “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”.

¹⁸² JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho penal*. La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, p. 210.

D) Principio de prevención

El Derecho penal, como parte del complejo sistema de control social, es constituido de normas que poseen funciones determinadas. Ahora bien, la tutela relativa a los valores que son comprendidos como importantes por la sociedad, que hace ese Derecho punitivo, es de protección de bienes jurídicos¹⁸³.

La función misma del Derecho penal se llevaría a cabo a través de la protección de bienes jurídicos relevantes, lo que se basa justamente en la prevención general y en la prevención especial¹⁸⁴, que son justamente funciones que se atribuyen a la consecuencia jurídica básica de los hechos punibles – la pena¹⁸⁵.

La pena es una medida que posee gran nocividad y gravedad por muchos motivos, incluso el hecho de que se vulnera derechos y garantías fundamentales del individuo, incluso debiendo ser observada la noción de dignidad humana ya trabajada *supra*. Por eso, la prevención del delito, a través de la Política criminal, es mucho más efectiva que la propia pena, por eso la importancia de la prevención para nuestro estudio¹⁸⁶.

¹⁸³ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996. pp. 25-26.

¹⁸⁴ No vamos aquí descender sobre las funciones de prevención general y especial de la pena, ya que no es ese el objetivo del presente trabajo.

¹⁸⁵ BORJA JIMENEZ, Emiliano. Sobre el concepto de Política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus ROXIN, *ADPCP*, vol. LVI., 2003, p. 127: “La función del Derecho penal se basaría en el mantenimiento de la coexistencia social a través de la protección de los bienes jurídicos más relevantes para hacer posible esa convivencia humana. Y dicha protección subsidiaria de bienes jurídicos se llevaría a cabo a través de la prevención especial y de la prevención general de delitos cometido que se le atribuye a la consecuencia jurídica fundamental del injusto culpable, la pena”.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. *Problemas actuales de Política criminal*. Conferencia traducida de la versión alemana "*Aktuelle Probleme der Kriminalpolitik*" por Enrique DÍAZ ARANDA, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el ciclo "Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales", en el auditorio "Jaime Torres Bodet" del Museo Nacional de Antropología e Historia, Organizado por la PGR y el INACIPE, in DÍAZ ARANDA, Enrique (editor), *Problemas fundamentales de Política criminal y Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 94: “Debido a la restringida eficacia de la pena y, también, a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos.”.

Ya hemos dicho algunas veces al largo de nuestro estudio que la Política criminal es una de las ramas de las políticas públicas, debiendo ser un agente transformador de la sociedad. Uno de sus principales objetivos, por lo tanto, es la prevención de la delincuencia, reduciendo la gravedad, frecuencia y tipos de delito¹⁸⁷.

La prevención de la delincuencia, así como la represión, está tan claramente en el seno de la Política criminal¹⁸⁸ que integra su propia definición para muchos autores¹⁸⁹, como MANZINI¹⁹⁰, eso se persigue garantizando la libertad de los individuos, lo que asegurará la indemnidad de sus condiciones mínimas de vida (o sea, los bienes jurídico-penales). Ese sería el propio límite del *ius puniendi* del Estado y, por lo tanto, de la actuación político-criminal¹⁹¹.

Está claro que más que un principio de la Política criminal, la prevención es un fin mismo de esa rama de las políticas públicas del Estado. El objetivo fundamental del sistema penal y del control social constituye, previniendo el delito, en uno de los ejes centrales de la actuación político-criminal¹⁹².

En definitiva, el principio de prevención complementa la protección de bienes jurídicos, pues hay una confluencia de efectos entre los dos; la Política

¹⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-12, 2011, p. 12:5.

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y Persona*, op. cit., p. 54: “Si el delito es un acto ineficiente, parece claro que la sociedad debe tratar de neutralizar esta clase de actos a fin de alcanzar precisamente la eficiencia. Para conseguirlo dispone, en principio, de varias líneas de actuación. Una de ellas sería la denominada *prevención fáctica* y consistiría en tratar de impedir por la vía de hecho la realización de tales actos ineficientes”.

¹⁸⁹ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, op. cit., pp. 157 y ss.

¹⁹⁰ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 16.

¹⁹¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Libertad, Seguridad y ‘Sociedad del Riesgo’*, in MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *La Política criminal en Europa*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, p. 89.

¹⁹² ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 39.

criminal engendra leyes que protegen bienes jurídicos con el objetivo de prevenir a la criminalidad (función, también del sistema penal)¹⁹³.

E) Principio de resocialización

La sanción penal no se debe imponer por caprichos, pues es un instrumento del cual hace uso el legislador o el intérprete de la norma penal para ejercicio del poder penal. Más allá de su legitimación y de su función preventiva-general, está orientada a cumplir una función preventivo-especial, que se hace a través de la resocialización del delincuente, pues es el destinatario singular de la norma aplicada. Al condenado deben existir posibilidades de participación en los sistemas sociales, habiendo dialogo entre Estado y condenado, ya que para el Estado interesa que ese vuelva a la sociedad y no cometa más delitos¹⁹⁴.

Esta búsqueda por una resocialización del delincuente se relaciona íntimamente con el principio de la dignidad humana y con la tendencia del Derecho penal en el Estado democrático de Derecho ser más humanista. Pero hay que tomar cuidado con la interpretación de lo que es resocialización, pues muchas veces en nombre de ese principio se hay transformado la pena en un “tratamiento”, que ni siempre tenía contenido humanista¹⁹⁵.

¹⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo I, op. cit., p. 85.

¹⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo I, op. cit., p. 85-96.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 273.

SECCIÓN II
CUESTIÓN CENTRAL:
POPULISMO Y SISTEMA PENAL

CAPÍTULO IV

ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y SIGNIFICADO DEL TÉRMINO POPULISMO

I.- Orígenes, significado y acepciones del término “populismo”

Antes de todo, debemos hacer referencia a algo que ya es manifiesto: el cuanto nuestra sociedad se ha tornado compleja en la llamada “postmodernidad”, y con eso, como se disemina la información de manera extremadamente rápida, y la movilidad de las clases sociales. Es interesante como VARGAS LLOSA define esa sociedad postindustrial como una “*civilización del espectáculo*”, resumiendo con una imagen llamativa, de cómo en la crisis financiera de 2008, en Nueva York, los *paparazzi* estuvieran con las cámaras listas para captar el primer *bróker* que se suicidara en el centro financiero de esa ciudad¹.

Es llamativa la imagen pues muestra la banalización, generalización, especialmente en el campo de la información, del periodismo no responsable por las ideas compartidas. En los próximos capítulos, trataremos mucho de ese tema,

¹ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, p. 15: “Claudio Pérez, enviado especial de El País a Nueva York para informar sobre la crisis financiera, escribe, en su crónica del viernes 19 de septiembre de 2008: «Los tabloides de Nueva York van como locos buscando un *broker* que se arroje al vacío desde uno de los imponentes rascacielos que albergan los grandes bancos de inversión, los ídolos caídos que el huracán financiero va convirtiendo en cenizas». Retengamos un momento esta imagen en la memoria: una muchedumbre de fotógrafos, de *paparazzi*, avizorando las alturas, con las cámaras listas, para captar al primer suicida que dé encarnación gráfica, dramática y espectacular a la hecatombe financiera que ha volatilizado billones de dólares y hundido en la ruina a grandes empresas e innumerables ciudadanos. No creo que haya una imagen que resuma mejor la civilización de la que formamos parte.

Me parece que ésta es la mejor manera de definir la civilización de nuestro tiempo, que comparten los países occidentales, los que, sin serlo, han alcanzado altos niveles de desarrollo en el Asia, y muchos del llamado Tercer Mundo”.

especialmente debido a la influencia de los medios de comunicación en el propio bienestar de la sociedad².

La verdad es que, en ese contexto, hay una grande instrumentalización de las masas, hecho comúnmente llamado “populismo”³. La reflexión sobre el concepto de “populismo” es debatido constantemente en la Historia, Sociología, y otras áreas del conocimiento. Es uno de los temas más complejos, polémicos y difíciles de delimitar⁴, por tanto, no es nuestra pretensión agotar su significado, sino que dar una margen de interpretación necesaria a su aplicación en la Política criminal actual.

Las definiciones sobre el término “populismo” suelen ser imprecisas, ambiguas y los modelos y tipologías son confusos y contradictorios, además de ser utilizado como sinónimo de fenómenos histórico-sociales muy distintos entre sí⁵. Generalmente es utilizado para designar una serie de prácticas políticas que consisten en el establecimiento de una relación directa – sin la mediación de

² VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, op. cit., p. 15: “¿Qué quiere decir civilización del espectáculo? La de un mundo donde el primer lugar en la tabla de valores vigente lo ocupa el entretenimiento, y donde divertirse, escapar del aburrimiento, es la pasión universal. Este ideal de vida es perfectamente legítimo, sin duda. Sólo un puritano fanático podría reprochar a los miembros de una sociedad que quieran dar solaz, esparcimiento, humor y diversión a unas vidas encuadradas por lo general en rutinas deprimentes y a veces embrutecedoras. Pero convertir esa natural propensión a pasarlo bien en un valor supremo tiene consecuencias inesperadas: la banalización de la cultura, la generalización de la frivolidad y, en el campo de la información, que prolifere el periodismo irresponsable de la chismografía y el escándalo”.

³ DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, 8ª edición, Tauros, Madrid, 1983, p. 130.

⁴ YLARRI, Juan Santiago, Populismo, crisis de representación y democracia, *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 179-199, p. 179: “El concepto de populismo es difícil de determinar, así como el hecho de clasificar a un gobierno como populista o no. El populismo, siendo un fenómeno que se dio en América Latina en los años treinta y cuarenta del siglo xx, se ha presentado con nuevos matices a finales del siglo pasado en muchos países latinoamericanos, e incluso parece haber cruzado las fronteras de aquel continente para echar raíces en Europa”.

⁵ YLARRI, Juan Santiago, Populismo, crisis de representación y democracia, op. cit., pp. 179-180.

instituciones políticas representativas – entre las masas y un líder político⁶, en la mayoría de las veces carismático⁷.

El concepto deriva de la palabra “*pueblo*”⁸, y en su interpretación literal denomina la estrategia de las corrientes políticas que buscan apoyo de las clases populares – o “tendencia política que pretende atraerse a las clases populares”⁹. Se usa para designar una estrategia de las corrientes ideológicas que sostienen ser el Estado el único defensor de los intereses de la generalidad del pueblo, interviniendo en la relación para lograr justicia social y el Estado de bienestar¹⁰.

La elaboración de teorías democráticas contemporáneas ha cambiado de manera fundamental la formulación sobre la génesis del poder, especialmente cuando de la Ilustración, donde se cambió la concepción del origen divino a la soberanía popular¹¹.

Cuando se formuló que “*todo el poder emana del pueblo*”, y se introdujo esa concepción en las bases de los Estados democráticos, a partir del siglo XVIII,

⁶ YLARRI, Juan Santiago, Populismo, crisis de representación y democracia, op. cit., pp. 183-184.

⁷ YLARRI, Juan Santiago, Populismo, crisis de representación y democracia, op. cit., p. 181: “definido, en un sentido amplio y descriptivo, como un movimiento político (o la fase de un movimiento más amplio) que se basa, para su eficacia, en amplias movilizaciones de masas a partir de una retórica de contenido fundamentalmente emocional y autoafirmativo, centrada en torno a la idea de un «pueblo» como depositario de las virtudes sociales de justicia y moralidad, y vinculada a un líder, habitualmente carismático, cuya honestidad y fuerza de voluntad garantiza el cumplimiento de los deseos populares. Se señala que el rasgo característico del populismo es su contenido moral, tanto por lo que al pueblo se refiere como por lo que atañe al líder”.

⁸ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de Política*, Vol. 2, 12ª edição, Tradução de Carmen C. VARRIAEL, Gaetano LO MÔNACO, João FERREIRA, Luis Guerreiro Pinto CACAIS e Renzo DINI, Editora UNB, Brasília, 2004, p. 980 y ss.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «populismo». *Diccionario de la lengua española* (23.ª edición). Espasa, Madrid, 2014.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, traducción de Pablo HERMIDA LAZCANO, Paidós, Buenos Aires, 2005, p. 71.

¹¹ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, traducción de Juan Carlos VELASCO ARROYO y Gerard VILAR ROCA, Paidós, Barcelona, 1999, p. 89.

la instauración de un régimen político se mostró más compleja¹² que la mera formalidad jurídica podría enunciar – hubo consecuencias potencialmente asfixiantes de la burocracia, que tuvieron grande impacto en la democracia¹³. Este reto fue especialmente complicado en el tema de la justicia penal y de la violencia¹⁴.

Especialmente después de la ampliación del sufragio y del consumo¹⁵, en el siglo XX, cuando hubo una mayor participación en el poder¹⁶ – muchas veces a través de la vía electoral – de las “masas”, el sistema se ha complicado aún más, pues el ejercicio de la soberanía pasa a tener como protagonistas mucho más individuos que en el contexto anterior, de electorado reducido, aunque no se puede decir que la participación de las masas implica necesariamente en un contexto democrático, por su propia característica de ausencia de racionalidad uniforme, ya que es un ente colectivo¹⁷.

Así es importante se cuestionar se la inclusión de un mayor número de participantes en el proceso electoral y democrático ha mantenido la racionalidad que debe intermediar la relación entre gobierno y gobernados – o sea, la democracia no es un proceso racional¹⁸.

Es muy difícil generalizar los rasgos comunes del populismo en distintos espacios, especialmente pues es una doctrina cambiante, que a veces se identifica con determinada ideología, a veces con otra completamente contraria, además de

¹² DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, 8ª edición, Tauros, Madrid, 1983, pp. 27 y ss.

¹³ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª edición, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 44.

¹⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción de Máximo SOZZO, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p. 76.

¹⁵ DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, 8ª edición, Tauros, Madrid, 1983, pp. 121-122.

¹⁶ LUHMANN, Niklas, *Poder*, traducción de Luz Mónica TALBOT, Editorial Anthropos, Barcelona, 1995, p. 70.

¹⁷ DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, 8ª edición, Tauros, Madrid, 1983, p. 123.

¹⁸ DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, 8ª edición, op. cit., p. 121 y ss.

ningún movimiento estar exento de rasgos populistas¹⁹. Lo que sí podemos indicar como un rasgo común es la presencia de un liderazgo carismático, y su diálogo directo con las masas, que se sienten atendidas por la conducción de la política por el “líder”²⁰.

Caracterizase mucho más por el modo de ejercicio del poder que por su contenido determinado como, por ejemplo, el vínculo emocional que el “líder” busca establecer con el pueblo²¹. Eso implica en un sistema de políticas o métodos para convencer las clases sociales, especialmente de menor cultura o poder económico. El objetivo aquí es buscar legitimidad, a través de la simpatía de esas clases menos favorecidas²².

En cuanto las ideologías, está muy claro que el populismo encuentra representantes de movimientos ideológicamente distintos, sin necesariamente la dicotomía izquierda/derecha, desde que pueda atender a las necesidades de las masas²³ – que ni siempre tiene gran capacidad de juicio político²⁴, y conectarse psicológicamente con ellas²⁵. Hay, muchas veces, rasgos nacionalistas en los movimientos populistas²⁶, y en general buscarse conectarse de manera emocional²⁷, utilizando argumentos de poder, muchas veces en una actuación

¹⁹ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 180.

²⁰ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., pp. 182-183.

²¹ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., pp. 182-183.

²² YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 183.

²³ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2012, p. 13 y ss.

²⁴ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., p. 16.

²⁵ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit., p. 27.

²⁶ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., p. 93.

²⁷ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., pp. 110-111.

dicha de defensa de la “moral”, de los “buenos costumbres”²⁸ y de una vida cultural bajo la vigilancia del Estado²⁹.

La promesa de una vida mejor es algo muy difícil de resistir, especialmente para las clases menos favorecidas económicamente³⁰. La masa popular, aunque – algunas veces – instruida, acaba por tener dificultades en distinguir alguien capaz de expresarse bien e demostrar su identidad carismática de alguien que tenga reales soluciones para los problemas modernos – tratase de un rasgo común a los regímenes totalitarios³¹.

Como ya hemos dicho, no hay necesariamente una adherencia con las ideologías políticas³². Los líderes manipulan las masas en beneficio propio o de un “proyecto de poder”³³, muchas veces llegando al despotismo – o, como define KANT, “la ejecución arbitraria por el Estado de leyes que él mismo se ha dado, lo que, en se tratando del populismo, en general es manejada por la voluntad particular del gobernante”³⁴.

Tratase de una subversión del concepto del contrato social hobbesiano, como “institución de un poder común para salir del estado de anarquía”³⁵, pero

²⁸ LUHMANN, Niklas, *Poder*, traducción de Luz Mónica TALBOT, op. cit., p. 68.

²⁹ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, op. cit., p. 60: “La cultura no depende de la política, no debería en todo caso, aunque ello es inevitable en las dictaduras, sobre todo las ideológicas o religiosas, en las que el régimen se siente autorizado a dictar normas y establecer cánones dentro de los cuales debe desenvolverse la vida cultural, bajo una vigilancia del Estado empeñado en que ella no se aparte de la ortodoxia que sirve de sostén a quienes gobiernan. El resultado de este control, lo sabemos, es la progresiva conversión de la cultura en propaganda, es decir, en su delicuescencia por falta de originalidad, espontaneidad, espíritu crítico y voluntad de renovación y experimentación formal”.

³⁰ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., p. 43.

³¹ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., p. 48.

³² DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., pp. 96-97.

³³ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 187.

³⁴ KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, traducción de Joaquín ABELLÁN, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, pp. 18-19.

³⁵ BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*, traducción de Manuel ESCRIVA DE ROMANI, Plaza & Janes Editores, Barcelona, 1991, p. 11.

en ese caso, un poder que tiene adherencia a la voluntad particular del líder carismático.

Abren, así, un camino peligroso hacia la tiranía, utilizando un discurso basado en la dicotomía *pueblo x anti-pueblo*. El pueblo sería “la gente decente”, mientras su antítesis sería la causa de todos los males³⁶, tomando cuerpo en entes internos o externos³⁷: la oligarquía, los extranjeros, los de determinada raza o credo, etc.³⁸

Hay una ausencia de concreción en los programas políticos³⁹. Hay una vaguedad en el discurso emocional populista⁴⁰, en general demagógico: la retórica de lo que importa es la “acción”⁴¹, la moral del pueblo, de las masas. No

³⁶ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, Acerca de qué es el populismo y por qué hay que tenerle miedo, Bosch, Madrid, 2015, pp. 49-50: “¿Cómo mantiene el populismo movilizado al pueblo? Mediante una regresión tribal. Igual que hizo el totalitarismo. Sea cual sea la forma que adopte (de izquierdas, de derechas, nacionalista), el populismo siempre construye su discurso alrededor de oposiciones de tipo antiético, excluyente e irreconciliable basadas en el odio de unos hacia otros y que niegan la inherente diversidad y complejidad de cualquier sociedad, la cual pasa a ser vista como una colectividad homogénea, un todo uniforme organizado siempre sobre una tesis dialéctica: la oposición al antagonista. Pobres y ricos, nacionales y extranjeros, los de aquí y los de allí, buenos ciudadanos y traidores vende-patrias, pueblo honesto y élite parasitaria... Para el populismo la sociedad es una unidad ideal (la buena gente) enfrentada a un enemigo infiltrado en el cuerpo social, siendo que el partido populista se constituye en el representante no ya de un grupo de esa sociedad, sino de la sociedad en su conjunto. Se niega toda posible negociación, transversalidad y acuerdo, consustanciales a la democracia representativa (puesto que ya no hay nadie con quien negociar, dado que la sociedad es una unidad y el otro es un enemigo ajeno a la sociedad), y se afirma que sólo mediante la victoria total, aplastando al enemigo (ya no rival digno de respecto, sino el enemigo que debe ser derrotado y, en su caso, destruido), consiguiendo la hegemonía, se puede gobernar adecuadamente la sociedad y llevarla al progreso. La sociedad no es una suma de grupos en competencia por alcanzar el poder y desarrollar su plan político, como podría considerar la democracia liberal, sino un todo asediado por enemigos con los que no es posible ningún tipo de negociación ni acuerdo. Somos, en definitiva, nosotros y ellos. Si eso no es una concepción tribal, que baje Dios y lo vea”.

³⁷ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., p. 90.

³⁸ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 180.

³⁹ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., p. 237.

⁴⁰ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., p. 65.

⁴¹ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit., p. 19: “Vamos a concentrarnos ahora en estas distinciones y en las estrategias intelectuales que las fundamentan. La “ideología” sólo puede considerarse como diferente de la retórica involucrada en la acción política si la retórica es entendida como un puro adorno del lenguaje, que no afecta en modo alguno a los contenidos transmitidos por éste. Ésta es la concepción más clásica de la retórica, basada en su diferenciación de la lógica. El equivalente sociológico de aquello a lo que se opone la retórica es

significa que llegaron necesariamente al poder de manera necesariamente autoritaria, muchas veces, llegan democráticamente, formando redes clientelares, con la justificativa de protección de los más débiles⁴² – según LUHMANN, “el liderazgo se basa en un deseo de seguir, en la imitación”⁴³.

A nuestro ver, la figura del líder populista, ajena a la capacidad técnica, política o intelectual, más que un rasgo modernizador, tratase de un mesianismo parecido al paternalismo monárquico del Antiguo Régimen, que tenía en la figura del monarca la clave para la solución de los problemas de los súbditos – el populista se siente en el Derecho divino (así como el monarca) para determinar nos rumbos de la sociedad⁴⁴.

una noción de los actores sociales como constituidos en torno a intereses bien definidos, y que negocian racionalmente con un *milieu* externo. Según esta visión de la sociedad, la imagen de agentes sociales cuyas identidades se constituyen en torno a símbolos populistas difusos sólo puede ser una expresión de irracionalidad. La denigración ética que refleja el trabajo de Minogue es compartida por gran parte de la literatura sobre el populismo. Sin embargo, ¿qué ocurre si el campo de la lógica fracasa en su constitución como un orden cerrado y se necesitan mecanismos retóricos para lograr ese cierre? En ese caso, los mismos mecanismos retóricos – metáfora, metonimia, sinécdoque, catacresis– se convierten en instrumentos de una racionalidad social ampliada, y ya no podemos desestimar una interpelación ideológica como meramente retórica. Así, la imprecisión y el vacío de los símbolos políticos populistas no pueden desestimarse con tanta facilidad: todo depende del acto performativo que tal vacío ocasione”.

⁴² LUHMANN, Niklas, *Poder*, traducción de Luz Mónica TALBOT, op. cit., p. 92.

⁴³ LUHMANN, Niklas, *Poder*, traducción de Luz Mónica TALBOT, op. cit., pp. 109-110: “El liderazgo se basa —y aquí volvemos a referirnos a la investigación sobre la teoría de grupos— en un deseo cada vez mayor de seguir, estimulado por la percepción que otros también están siguiendo; en otras palabras, se basa en la imitación. Entonces, algunos aceptan la influencia porque otros lo están haciendo; y estos últimos aceptan la influencia porque los primeros lo hacen. Si la influencia sobre varias personas es posible y practicable, el líder puede elegir a quién influenciar; y, además, gana alternativas que, a su vez, se convierten en un factor en la orientación de otros. El líder se independiza de las condiciones concretas de obediencia que un individuo dado pudiera exigirle. El individuo abandona las posibilidades que él mismo posee y, debería aducir, tiene que incitar al grupo en contra del líder. Y, del mismo modo, el líder tiene que preocuparse por mantener el *ethos* del grupo —a pesar de lo ilusorio que pueda ser—; en otras palabras, de persistir en el entendimiento de que el grupo lo aceptará como líder y que el disidente individual se aislará”.

⁴⁴ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 83-84: “Sin embargo, resulta que a principios del XXI ninguno de los autodenominados nuevos partidos (nuestros amigos los populistas) propone nada esencialmente nuevo a ese punto. Todos apuestan, en última instancia y superando algunas iniciales veleidades participacionistas fruto de la juventud y la experiencia (y la hipocresía), por direcciones fuertes, jerárquicas y sólidas que marquen el camino por donde se desplieguen las obedientes masas. Se podría decir que somos capaces de cambiarlo todo y pasar desde el absolutismo monárquico a la democracia liberal pasando por los comunistas, los fascistas y otros -istas, pero que, por muchas que sean las innovaciones ideológicas, no somos capaces de hallar ningún modelo alternativo al

Hechos esos apuntes iniciales sobre el concepto y algunos rasgos del populismo, es necesario hacer unos apuntes históricos. El sistema democrático, desde su nacimiento, ha tenido diversos momentos de vulnerabilidad⁴⁵, especialmente por quienes buscan su beneficio particular⁴⁶.

El populismo es un concepto aparejado al de democracia, en la antigua Grecia significaba la *cantidad* de personas participantes de la democracia, y no necesariamente la *cualidad* de esa participación pública⁴⁷ – o sea, una cierta crisis de representación democrática^{48/49}.

La ciudad-estado de Atenas, en la Grecia antigua fue el paradigma del sistema democrático, en su desarrollo inicial, especialmente en el siglo V a.C.⁵⁰. Una de las primeras noticias de una política populista⁵¹ es la llevada a cabo por el tirano ateniense PISÍSTRATO (*circa* 550 a.C.)⁵², que con un discurso demagógico y populista mejoró algunas condiciones económicas y sociales, a través de

consistente en uno manda, el resto obedece. Ese uno puede mandar en nombre de las masas o de su derecho divino, de la libertad o de la superioridad racial, de la Constitución o de su sencilla voluntad. De lo que nos dé la gana. Pero al final siempre es uno, siempre manda y siempre exige obediencia”.

⁴⁵ PLATÓN, *La República*, El Cid Editor, Santa Fe, pp. 22-23.

⁴⁶ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., p. 23: “Como señala Lucas Verdú en su importante trabajo sobre el Estado de Derecho precisando antecedentes, «la Antigüedad griega mantuvo el ideal del dominio de la ley frente al capricho despótico». Y análoga pretensión, puede decirse, cabría constatar en otros momentos y pueblos de la Antigüedad. Es cierto que ese ideal no llegó a institucionalizarse, pero existe indudablemente como pretensión, como meta deseable, la exigencia de ser gobernados por leyes antes que por el puro arbitrio y voluntad de los hombres.”.

⁴⁷ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., p 21 y ss.

⁴⁸ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 179.

⁴⁹ TEODOROV, Tzvetan, *Os inimigos íntimos da democracia*, tradução de Valquíria DELLA POZZA e Marise LEAL, Companhia das Letras, São Paulo, 2012, p. 8.

⁵⁰ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 179.

⁵¹ PLÁCIDO, Domingo, *Sofística, retórica y democracia*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2009, pp. 140-141.

⁵² BERNABÉ, Alberto, *Democracia y religión clásicas*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2015, p. 25.

reformas urbanas y en el campo⁵³. Pero esas providencias crearon graves tensiones políticas⁵⁴, alimentada pela aristocracia (que resultó en la tomada del poder por CLÍSTENES, 511 a.C.)⁵⁵, y que acabó por desarrollar el sistema democrático⁵⁶, pues era basada en la igualdad social y política. Así, que se atribuye a CLÍSTENES la fundación de la *demokratía* ateniense, como concepto de isonomía (igualdad legal) entre los ciudadanos⁵⁷.

Pero muchos autores afirman que Atenas alcanzó la democracia efectivamente con PERICLES (459-429 a.C.), donde se potencializó el papel de la Asamblea y le fue constantemente atribuida una política de cuño populista⁵⁸. Hubo muchos cambios basados en una exaltación patriótica⁵⁹, especialmente una política imperialista y en la restricción de la ciudadanía, además de la famosa vinculación entre Retórica y Democracia – lo que está claro es que son rasgos muy parecidos a políticas populistas modernas⁶⁰.

Está muy claro, así, que la democracia está presente en el origen del populismo⁶¹, o de una subversión de algunos de sus conceptos^{62/63}. Un poco antes

⁵³ MEGÍAS QUIRÓS, José Justo y CABRERA CARO, Leticia, *Historia de las ideas políticas: De la democracia griega a la monarquía medieval*, op. cit., p. 23.

⁵⁴ SANCHO ROCHER, Laura, *Entre 'tradición' y 'revolución': la 'fundación' de la demokratía*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, op. cit., p. 23.

⁵⁵ SANCHO ROCHER, Laura, *Entre 'tradición' y 'revolución': la 'fundación' de la demokratía*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, op. cit., p. 22.

⁵⁶ SANCHO ROCHER, Laura, *Entre 'tradición' y 'revolución': la 'fundación' de la demokratía*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, op. cit., p. 25.

⁵⁷ SANCHO ROCHER, Laura, *Entre 'tradición' y 'revolución': la 'fundación' de la demokratía*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, op. cit., pp. 18-19.

⁵⁸ MEGÍAS QUIRÓS, José Justo y CABRERA CARO, Leticia, *Historia de las ideas políticas: De la democracia griega a la monarquía medieval*, op. cit., pp. 35-36.

⁵⁹ Aquí no se puede utilizar la expresión '*nacionalista*', ya que el concepto de '*nación*' es posterior a la edad antigua greco-romana. Pero seguramente hay gran semejanza entre los conceptos.

⁶⁰ PLÁCIDO, Domingo, *Sofística, retórica y democracia*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, op. cit., pp. 135-136.

⁶¹ SANCHO ROCHER, Laura, *Entre 'tradición' y 'revolución': la 'fundación' de la demokratía*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, op. cit., p. 15.

de la consolidación democrática que hemos citado, hubo algunos conflictos en la administración del Poder en las *polis* griegas: cuando del surgimiento de la clase mercantil, y del inicio de la difusión de la moneda, los regímenes aristocráticos⁶⁴ que gobernaban se sintieron amenazadas por los comerciantes, que deseaban poder político. Los aristócratas lucharon⁶⁵, así, para evitar su reemplazo por *tiranos populistas*, como PISISTRATO, de quien ya hemos hablado⁶⁶.

La palabra “*tiranía*” tiene origen no peyorativo (*τύραννος, tyrannos*)⁶⁷, lo que se podía aplicar a buenos o malos líderes – siempre con todo el poder concentrado en sus manos, pero en general tenían los tiranos una agenda populista, que les ayudaba a mantener el poder, especialmente por gozar de la simpatía de las masas⁶⁸.

La tiranía perduró hasta la reforma propuesta por la aristocracia, especialmente como ya hemos dicho, con las reformas de CLÍSTENES, el refuerzo de la Asamblea de Ciudadanos y, así, la fundación misma de la democracia⁶⁹. En

⁶² YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 186.

⁶³ TEODOROV, Tzvetan, *Os inimigos íntimos da democracia*, op. cit., p. 9.

⁶⁴ MEGÍAS QUIRÓS, José Justo y CABRERA CARO, Leticia, *Historia de las ideas políticas: De la democracia griega a la monarquía medieval*, op. cit., p. 13.

⁶⁵ MEGÍAS QUIRÓS, José Justo y CABRERA CARO, Leticia, *Historia de las ideas políticas: De la democracia griega a la monarquía medieval*, op. cit., pp. 14-15.

⁶⁶ SANCHO ROCHER, Laura, *Entre ‘tradición’ y ‘revolución’: la ‘fundación’ de la demokratía*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, op. cit., pp. 21-22.

⁶⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «populismo». *Diccionario de la lengua española* (23.^a edición). Espasa, Madrid, 2014: “tirano, na – Del lat. *tyrannus*, y este del gr. *τύραννος týrannos* ‘rey soberano’”.

⁶⁸ SAMONS II, Loren J., *What’s Wrong with Democracy. From Athenian practice to American worship*, University of California Press, Los Angeles, 2004, p. 26: “Not long after the period of Solon’s reforms (ca. 594/3), Athens fell under the control of the tyrant Peisistratus and his sons (ca. 561-511/10). Like many Greek tyrants, Peisistratus was simply an ‘unconstitutional’ ruler, someone who had seized power in a polis and had done so outside the normal avenues of political action. The position of tyrant in sixth-century Greece did not carry the particularly negative connotations later associated with the term. In fact, to some later Athenians, the period of Peisistratus’s rule seemed to have been a ‘golden age’. Peisistratus was said to have left the traditional Athenian constitution in place, only ensuring that his own supporters held the most important offices (such as that of eponymous archon).”.

⁶⁹ SAMONS II, Loren J., *What’s Wrong with Democracy. From Athenian practice to American worship*, op. cit., p. 27.

definitiva, nos parece absolutamente claro que el concepto de *populismo* empieza a ser cuñado en la Grecia antigua, pero con un significado neutral – no necesariamente era bueno o malo, sino que tenía rasgos populares. Ese concepto fue siendo cambiado en los siglos siguientes, lo que todavía vamos a tratar.

A) El populismo como concepto peyorativo

Ya hemos hablado en el apartado anterior de la noción peyorativa del término y acepción del populismo, pero de todas formas vamos a seguir con algunos apuntes y tratar de hacer una síntesis del concepto visto de manera peyorativa.

Está muy claro que, en el contexto político de hoy, el calificativo “*populista*”, o “*populismo*” es utilizado de manera peyorativa, aunque cuando no venga acompañado de ninguna connotación o identificación ideológica - tratase mucho más de una estrategia política. En la acepción actual, el discurso populista está claramente ligado a la demagogia y el liderazgo carismático, como ya hemos dicho y discutido⁷⁰.

En definitiva, la significación peyorativa del populismo es el uso de medidas de gobierno que sean populares, para ganar la simpatía de la población, particularmente los que poseen derecho a voto⁷¹. No significa necesariamente

⁷⁰ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., p. 47: “El populismo es el totalitarismo del siglo XXI. No es otra cosa, ni lo será nunca. Aquellos que lo niegan se engañan a sí mismos o engañan a los que les rodean. Nada bueno se puede esperar del populismo. Nada salvo el mal que habita en todas y cada una de sus células. Es el monstruo. Y ha venido a comernos”.

⁷¹ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., p. 61: “Así que populeando que es gerundio. Más aún si se piense que el no populista tiene tendencia a infravalorar los riesgos del populismo y, por tanto, a dejarle, hasta cierto punto, hacer. Algo parecido a lo que, nuevamente en palabras de Cipolla, el inteligente hace con el estúpido, del que siempre minusvalora su capacidad destructiva. El no populista acostumbra a equiparar populismo y demagogia. El populista sería algo así como una versión exagerada del político medio, un mentiroso más descarado y alocado, pero nada más que otro mentiroso que endulza los oídos de su público en la esperanza de obtener de él el voto y con él el poder. Craso error. Si

tomar medidas contra la democracia, pero puede subvertir el sistema democrático, pudiendo tener rasgos autoritarios, pero muchas veces el populista se disfraza de demócrata – sin dejar de tener características anti institucionales, intentando transformar las estructuras y relaciones político-sociales. Busca, así, la popularidad entre las masas para lograr su objetivo⁷².

Normalmente el populismo con la significación peyorativa se hace presente en contextos de crisis de representación política, haciendo emerger el liderazgo que postula un rol alternativo a la clase política. Explota la crisis de representación, articulando con los sectores insatisfechos, que seguramente poseen fuerte resentimiento político. Explota los sentimientos de marginación, con un discurso “unificador” – buscando el sentido de “estamos unidos contra ellos” – su retórica es del rescate de la soberanía popular que se siente marginalizada por la crisis en el ámbito político, explotando el malestar social⁷³.

Tratase de una construcción de la idea de “*pueblo*” como agente histórico, transformador de la sociedad y agente histórico, depositario de todas las virtudes sociales de justicia y moralidad – como se los que no sean parte del “*pueblo*” no tengan condiciones de poseer moralidad o virtud, verdaderos responsables por cambios sociales. Crease un confronto con el “*otro*”, que son los que impedirían el desarrollo del “*destino del pueblo*”⁷⁴.

Nos parece muy claro que el sentido de la palabra populismo, en el contexto actual, para la mayoría, es básicamente peyorativo, utilizado para tratar

el populista fuera tan sólo eso (también lo es, pero no sólo) su peligro sería limitado y su capacidad destructiva fácilmente reconducible. El verdadero problema radica en que el populista no es sólo una nueva y más degenerada versión bastarda de la democracia representativa, sino que es en sí una nueva ideología política que pretende acabar con la democracia representativa.”

⁷² RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 64-65.

⁷³ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 62-63.

⁷⁴ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., pp. 180-181.

de políticas de enfrentamiento de “*nosotros versus ellos*”, con la mayoría de los rasgos que hemos apuntado en el apartado anterior⁷⁵.

Según muchos autores, tratase de un verdadero “engaño”, que utiliza un discurso lleno de demagogia, y se apunta algunos rasgos esenciales de esa estrategia populista: un desprecio por la libertad individual e idolatría por el Estado; el complejo de víctima; la pretensión democrática con que se viste para intentar darle legitimidad; y la obsesión igualitarista⁷⁶.

B) El populismo como concepto positivo

En varios momentos de la humanidad, hubo movimientos sociales y políticos que han pretendido rescatar la participación política del “*pueblo*” – los que se sienten excluidos del debate político, como agricultores, campesinos, obreros, y otras clases profesionales. Claro que hay importancia practica en eso, ya que la democracia presupone una participación el cuanto más amplia posibles de los sujetos políticos⁷⁷.

Algunos movimientos que son categorizados frecuentemente como populistas tuvieron profundos efectos positivos y transformadores en la sociedad. Una vez más, advertimos: claro que esos movimientos pueden estar influenciados por ideologías o proyectos políticos, aunque no de forma explícita, pero su resultado puede si tener rasgos positivos para la sociedad donde se han inserido, pues significa una aproximación a las necesidades de las clases menos favorecidas. La verdad es que hay virtudes en el populismo: movilizar a los apáticos es uno de los rasgos positivos⁷⁸.

⁷⁵ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit., p. 55.

⁷⁶ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, *El engaño populista*, Por qué se arruinan nuestros países y cómo rescatarlos, Deusto, p. 12 y ss..

⁷⁷ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit., p. 55 y ss.

⁷⁸ EL PAÍS ONLINE, La Cuarta Página, *Virtudes y peligros del populismo*, http://elpais.com/elpais/2014/11/04/opinion/1415132749_364183.html, c. 24/02/2017.

Hay que llamar la atención, también, que hay muchas defensas, especialmente en el contexto europeo, de la necesidad de políticas populistas nacionalistas. Como, por ejemplo, la política belga Chantal MOUFFE, que afirma en entrevista al periódico “The European” la necesidad del populismo⁷⁹.

Así, queda claro que el populismo puede sí, como cualquier doctrina política aplicada a la sociedad, especialmente cuando no subvierte a la democracia, tener un efecto plenamente positivo, especialmente dando a las clases menos favorecidas la posibilidad de participación en las políticas públicas del Estado, o al menos les dando mayor auto estima y rescatando su creencia que las instituciones funcionan.

II.- Evolución histórica del concepto de populismo

Respecto de los orígenes remotos del populismo, especialmente en la antigüedad griega, nos referimos a apartado anterior, donde tratamos del concepto especialmente en la primera difusión de la *demokratia* ateniense, la demagogia, la retórica, especialmente entre los líderes llamados *tiranos* en ese momento de la historia. Así, ya pasaremos a la evolución conceptual en la Roma antigua.

De todas maneras, es importante acordarse de los ensañamientos de PERELMAN, en su “*Tratado de la Argumentación*”, donde trata de la retórica filosófica. El autor trata en algunos momentos de su obra de la influencia que debe tener el orador de su auditoria. Hay muchas técnicas para influir en su

⁷⁹ THE EUROPEAN ONLINE, European Elections Special, “*Populism is a necessity*”, <http://en.theeuropean.eu/chantal-mouffe--3/7859-fighting-right-wing-populism-in-europe> , c. 24/02/2017. “Mouffe: For me democratic politics has to do with the creation of a people, of a collective will. This is what populism is trying to do and it’s why I don’t think populism is necessarily undemocratic. However, we need to ask how this “people” needs to be created in order to foster democratic politics”.

auditorio. La retórica populista acaba siendo un poco parecida en la historia con los discursos para un auditorio⁸⁰.

A) Significado en la Roma antigua

La anatomía del poder en la Roma antigua es algo profundamente complejo. No es nuestro objetivo aquí describirla con profundidad, pues ese trabajo no es de cuño eminentemente histórico: nuestra intención es solamente demostrar que el populismo existe desde mucho tiempo en la sociedad. Está claro que la política en Roma tenía sus rasgos corruptos, y de influencia entre los detentores del poder y su gente⁸¹.

Nos parece mejor, para este trabajo, apenas tratar de la disputa en la última república romana, como ejemplo de la disputa entre dos facciones (o *factio*)^{82/83}: los líderes populares (*factio popularium* – “partido o facción de los del pueblo”), representado por CATILINA, Cayo MARIO y Julio CESAR entre otros, que se oponían a la aristocracia tradicional conservadora y buscaban iniciativas populares como distribución de tierra, alivio de deudas y mayor

⁸⁰ PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, La nueva retórica, traducción de JÚLIA SEVILLA MUÑOZ, Editorial Gredos, Madrid, 1989, p. 60.

⁸¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, p. 37.

⁸² LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 93: “Estas asociaciones no pasaron de ser «facciones» o camarillas políticas, generalmente como seguidores *ad hoc* o «clientela» de un líder político; constituyeron un fenómeno corriente en todos los Estados constitucionales del pasado, y hasta surgieron ocasionalmente en las autocracias. Ejemplos bien conocidos son las facciones aristocráticas y republicanas en la última época de la Roma republicana (...)”.

⁸³ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 426: “Un punto de partida, metodológicamente irreprochable, en una investigación de este tipo tendría que distinguir entre las clases sociales y los grupos pluralistas propiamente dichos. El concepto de clases sociales ha sido conocido desde Aristóteles y sus sucesores, que racionalizaron la coexistencia de las clases en el tipo de «gobierno mixto». Frecuentemente, fue una clase social determinada la que dominó el proceso del poder. Ejemplos son la oligarquía de los senadores en la época de madurez de la República romana, la clase capitalista «ecuestre» en los siglos de la decadencia republicana (...)”.

participación del pueblo⁸⁴, del partido de los *Optimates* (los principales), que pretendían mantener el control del Senado, representada por CICERÓN⁸⁵.

Una vez más, como ya hemos dicho, esa disputa nada tenía que ver con una ideología definida en el sentido moderno de la palabra – simplemente se trata de agrupaciones que tenían una corriente de pensamiento común. Eso demuestra que no había partidos políticos, y si facciones⁸⁶.

Ese contexto empezó de una crisis que ocurría en Roma, con conflictos afectando todo su territorio. La situación social se hacía tensa, cristalizando en una disputa política. Era el final de la época de la República, donde el Senado gobernaba y era formado por una élite social⁸⁷.

Los ciudadanos podían participar en las decisiones a través de Asambleas de la plebe, presididas por tribunos, pero el Senado podría vetar sus propuestas.

⁸⁴ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. El mundo Clásico. Historia de Roma*, UNED, Madrid, 2015, p. 291 y ss., p. 291 y ss.

⁸⁵ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. op. cit.*, p. 280: “La situación interna hace que la sociedad se fraccione en dos *factiones* que con el tiempo se van a ir radicalizando:

Optimates (los principales): Son guardianes de las tradiciones. Intentan mantener el control del Senado. Se oponen a cualquier innovación.

Populares (los del pueblo): Pretenden una ampliación del Senado. Están abiertos a las corrientes procedentes del exterior. Son sensibles a las reclamaciones de la plebe urbana y de los aliados itálicos”.

⁸⁶ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. El mundo Clásico. Historia de Roma*, op. cit., p. 283: “Ya vimos en capítulos anteriores como la lucha entre patricios y plebeyos ocupó los primeros siglos de la República; en la primera mitad del siglo III a.C. este dualismo dio paso a otro tipo de conflicto social planteado entre una *nobilitas patricio-plebeya*, los llamados *optimales* las masas populares. Una confrontación en la que la capacidad económica es la que separa unos grupos sociales, que se convierten en políticos, de otros. Estos dos grupos políticos, *optimates* y *populares*, se definieron plenamente durante la segunda mitad del siglo II a.C. Hay que tener en cuenta que en ningún momento se puede decir que estos grupos lleguen a formar partidos políticos con una ideología definida en el sentido moderno de la palabra, simplemente se trata de agrupaciones de personas a las que une una corriente de pensamiento común”.

⁸⁷ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. El mundo Clásico. Historia de Roma*, op. cit., p. 292.

La mayoría de los ciudadanos de entonces eran campesinos, que formaban la base de la sociedad republicana⁸⁸.

Según muchos historiadores, todo ha empezado con Tiberio GRACO, que regresó de la Guerra Púnica como héroe. Aprovechando su prestigio social, se dedicó a la política como tribuno de la plebe. En la Asamblea propuso una serie de reformas, incluso agraria, subiendo impuestos de los ricos, entre otras providencias populares, que fueron bien recibidas por la plebe, pero sentaron mal para los intereses de la élite⁸⁹.

Se cuenta que era hombre de gran carisma, excelente poder oratorio y lenguaje callejero, lo que le hizo ganar el corazón de las masas – características semejantes a los líderes populistas de hoy. La verdad es que con la mirada de hoy es imposible saber si realmente tenía intenciones de ayudar al pueblo o si era un manipulador oportunista. Pero el hecho es que hizo un gobierno populista en el final de la república romana⁹⁰.

Tras la muerte y la caída de los GRACO del poder (también siguió la Política de Tiberio GRACO su hermano, Cayo GRACO)⁹¹, sus seguidores formaron la facción populista, y la política se polarizó entre los populares y los *optimales*, como ya hemos dicho. Muchos de los “partidarios del pueblo” hacían discursos incendiarios, aprovechando la rabia de la plebe, en un contexto de gran disputa político-social. Todo eso terminó con mucha convulsión social y al final

⁸⁸ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. El mundo Clásico. Historia de Roma*, op. cit., p. 290.

⁸⁹ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. El mundo Clásico. Historia de Roma*, op. cit., pp. 292-293.

⁹⁰ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. El mundo Clásico. Historia de Roma*, op. cit., p. 292 y ss.

⁹¹ CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II. El mundo Clásico. Historia de Roma*, op. cit., p. 296 y ss.

la conversión de los populistas en emperadores, y la ascensión de Julio Cesar al poder, acabando con el régimen republicano en Roma⁹².

Así las cosas, los líderes del movimiento populista fueron los primeros emperadores romanos. Esa historia suele repetirse en muchos momentos de la historia, como la ascensión de NAPOLEÓN, STALIN, HITLER, MUSSOLINI. El ejemplo romano nos deja claro que los populismos suelen ganar terreno cuando hay un sentido de indignación general entre los ciudadanos. La postura de GRACO en la Asamblea no es nada más que una manera de expresar el sentimiento del pueblo – sea con oportunismo, o no.

B) Perfiles del populismo en la Edad Media y en el Antiguo Régimen

En la Edad Media, especialmente en el periodo inicial, había una gran dispersión geográfica del poder, aunque siempre concentrado en manos de una persona y familia, habitualmente en la forma monárquica⁹³. Sólo la Iglesia preservaba un poder uniforme en toda Europa, gozando de gran influencia⁹⁴ – la técnica de representación política, como la conocemos hoy básicamente no existía⁹⁵. A la medida que hubo mayor concentración del poder en determinados territorios, los líderes han tenido que organizar su burocracia administrativa para ejercer ese poder. Aquí hay que diferenciar la “psicología de las masas” que vemos en el populismo moderno, del “publico” de la Edad Media – la forma era

⁹² CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II*. El mundo Clásico. Historia de Roma, op. cit., p. 334 y ss.

⁹³ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª edición, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, op. cit., pp. 537-538: “Una monarquía es un sistema político encabezado por una única persona que ha recibido su poder, transmitido a través de generaciones, por vía familiar. En la antigüedad y en la Edad Media, las monarquías eran el sistema más habitual en muchas partes del mundo, desde Asia hasta Europa, pasando por ciertas zonas de África, y las familias reales gobernaban a sus «súbditos» basándose en la tradición y el derecho divino. La autoridad de las monarquías la legitima más la fuerza de la costumbre que la ley”.

⁹⁴ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis VILLAR BORDA y Ana María MONTROYA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 459.

⁹⁵ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 58.

absolutamente distinta, ya que no había la imprenta y la información no podía circular de manera tan fácil como hoy⁹⁶.

Esa concentración de poder genera una falta de confianza en las instituciones, y algunas alertas de teóricos en contra la transformación de la monarquía en tiranía, como vemos en TOMÁS⁹⁷. Aunque el pueblo fuera bastante ajeno a las instituciones en ese momento de la historia, no había defensa y protección de las personas por parte del Estado, y en algunos momentos hubo manifestaciones tendenciosas a limitar la autoridad⁹⁸.

La verdad es que controlar toda la estructura estatal es algo extremadamente complicado, aunque fuera con una imposición que podemos decir de “manos de hierro”, sin la estructura institucional actual, eso sin hablar de la necesidad de la Iglesia imponer sus dogmas como, por ejemplo, a través de la Inquisición⁹⁹. La sociedad era profundamente estratificada, estamental¹⁰⁰, y la resistencia contra el gobernante se oponía al sentido de justicia social – especialmente por la moral católica, lo que dificultaba inclusive una cierta desobediencia civil que podría haber en nombre de ese sentimiento de justicia¹⁰¹.

Así, hubo momentos en el llamado Antiguo Régimen en que los monarcas y la Iglesia fueron obligados a buscar maneras de agradar a la gente “común”, las masas, para mantener el control de la máquina estatal, pues obviamente habían protestas y una cierta lucha – limitada – de clases desde la Edad Media¹⁰².

⁹⁶ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit., p. 40.

⁹⁷ FISCHL, Johann, *Manual de Historia de la Filosofía*, traducción de Daniel RUIZ BUENO, Herder, Barcelona, 2002, p. 198.

⁹⁸ DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., p. 23.

⁹⁹ RAWLS, John, *Liberalismo Político*, traducción de Sergio Rene MADERO BÁEZ, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 58.

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, traducción de Javier TORRES NAFARRATE, Herder, Ciudad de México, 2006., pp. 561-562.

¹⁰¹ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, traducción de Maria DOLORES GONZÁLEZ, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, pp. 427-428.

¹⁰² LACLAU, Ernesto, *Estructura, historia y lo político*, en BUTLER, Judith, LACLAU, Ernesto y ZIZEK, Slavoj, *Contingencia, hegemonía, universalidad*, Diálogos contemporáneos en

Además de eso, hay que hacer una comparación con los nacionalismos iniciados en el momento de creación de los Estados y del concepto de nación, que pueden ser comprendidos como la semilla de los nacionalismos tardíos¹⁰³.

Ya hemos visto con claridad que uno de los presupuestos que permiten la aparición de populistas es justamente la crisis social, y ese conflicto muchas veces se hizo patente en la Edad Media. Aun así, no hubo mucha capacidad de los liderazgos carismáticos populares en conquistar el poder, especialmente por la asociación de los monarcas con la Iglesia Católica, que detenía grande poder ante a las masas¹⁰⁴.

También encontramos rasgos populistas en las propias ejecuciones públicas llevadas a cabo (con contenido claramente disuasorio), que ya hemos citado en capítulo anterior. La pena de muerte era llevada a cabo en público, y el pueblo se hartaba con las ejecuciones, en un espectáculo claramente violento. Si eso agradaba a la población en general, también podemos comprender que tenía un rasgo populista.

La verdad es que hay rasgos populistas en la Edad Media, aunque no nos parezca que los perfiles populares han podido lograr éxito en cambiar efectivamente la sociedad – las disputas aristocráticas, el propio prestigio de la Iglesia Católica, el ideal caballeresco¹⁰⁵ de los cruzados que iban a “guerras santas”¹⁰⁶. El propio hecho de la Reforma Protestante, que ha fragmentado la

la izquierda, traducción de Cristina SARDOY y Graciela HOMS, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, pp. 211-212.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., p. 86.

¹⁰⁴ SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, Revisada por Thomas LANDON THORSON, traducción de Vicente HERRERO, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 179: “Así, pues, en la primera parte de la Edad Media se combinaban tres clases de títulos al poder regio: el rey heredaba su trono, era elegido por su pueblo y gobernaba, desde luego, por la gracia de Dios”.

¹⁰⁵ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis VILLAR BORDA y Ana María MONTOYA, op. cit., p. 393.

¹⁰⁶ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, op. cit., p. 24.

religión en la Edad Media ha sido un movimiento con fuertes rasgos populares¹⁰⁷. La verdad es que en cualquier época de la historia hay personajes que han podido lograr conquistas la admiración de la población más simples.

Una vez que avanzamos al final del Antiguo Régimen, y la clase burguesa se vio fortalecida, finalmente se empezó a haber cambios estructurales en la sociedad, con las revoluciones burguesas, la imprenta difundiendo informaciones¹⁰⁸, y el principio del periodo de la Ilustración, que cambió el estado de cosas establecido.

C) Populismo en la Edad Moderna

La elaboración de las Teorías Democráticas a partir del cambio de estado de cosas de las revoluciones burguesas y la Ilustración, han implantado reformas substanciales en las ideas sobre los orígenes del poder, trasladando la soberanía divina para la soberanía popular. Son los antecedentes del llamado Estado de Derecho¹⁰⁹.

Si la fórmula introducida en las Constituciones de los Estados Nacionales a partir del siglo XVII y XVIII, que dice que todo el poder emana del pueblo es sucinta, la instauración de un régimen político con estas características fue mucho más compleja que pueda parecer¹¹⁰. Ya hemos tratado bastante de los cambios especialmente en la Política criminal en el periodo de la Ilustración en capítulos anteriores, así que no es necesario un excursus sobre algunos aspectos de la situación política en ese período.

¹⁰⁷ RAWLS, John, *Liberalismo Político*, traducción de Sergio Rene MADERO BÁEZ, op. cit., p. 17.

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, traducción de Javier TORRES NAFARRATE, op. cit., p. 225.

¹⁰⁹ DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., pp. 26-27.

¹¹⁰ SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, Revisada por Thomas LANDON THORSON, traducción de Vicente HERRERO, op. cit., pp. 335-336.

Lo que es importante para el tema que estamos tratando es que se inauguró poco a poco un sistema de representación política, que tuvo que ser organizado con muchas dificultades para la configuración del Estado Democrático de Derecho¹¹¹. La relación entre gobernantes y gobernados sufrió un proceso lento de introducción de cierto racionalismo, para permitir el ejercicio de la soberanía popular¹¹². Es obvio que ese proceso sufrió influjos populistas – eso está claro con una mirada rasa en lo que tratamos en los apartados anteriores sobre las características del populismo.

Los gobernados, o sea, las masas, no pueden ser considerados necesariamente un ente racional en sus decisiones políticas, aunque sean libres para deliberar¹¹³. El poder realmente emana del pueblo de acuerdo con las teorías democráticas, pero aun así no podemos entender sus decisiones como siempre racionales – aunque sean legítimas en el sistema democrático actual, que nos fue dado desde la perspectiva de la Edad Moderna¹¹⁴.

Sabemos ya que los populismos suelen ganar terreno con el sentimiento de indignación general de la masa popular. En el caso de la Edad Moderna, eso se quedó patente con la insatisfacción general de la clase burguesa con los monarcas absolutistas. Sin duda hubo oportunismo en esa tomada del poder, pero al final,

¹¹¹ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 408.

¹¹² BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, op. cit., pp. 408-409.

¹¹³ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, op. cit., pp. 449-450.

¹¹⁴ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, op. cit., p. 446: “Así, para Kelsen, la diferencia sustancial entre la democracia y la autocracia resulta de la idea de la libertad política. Esa libertad política está presente cuando el individuo que está sujeto a un ordenamiento jurídico participa, como regla general, en su proceso creativo. La democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado coincide con la voluntad de los gobernados por ser determinante del contenido de aquélla. En la autocracia, en cambio, los gobernados son excluidos del proceso creativo del ordenamiento jurídico, de modo que su contenido no coincidirá con la voluntad de los particulares y, como consecuencia, con el concepto de libertad”.

el resultado fue un cambio sustancial, incluso en la estratificación social, con las revoluciones burguesas¹¹⁵.

También es importante notar que fue el momento donde han surgido los sentimientos nacionalistas, que tuvieron fuerte eco en el siglo XX, especialmente en la primera y segunda guerras mundiales, en Europa. En definitiva, fue un momento en que las masas han podido, a través de los revolucionarios de la burguesía, finalmente tomar el poder de los absolutistas¹¹⁶.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., p. 87: “La transformación de la «nación de la nobleza» en «nación étnica» —un proceso que avanza desde finales del siglo XVIII— presupone, en definitiva, un cambio de la conciencia inspirado por los intelectuales. Este cambio se llevó a cabo primeramente entre la burguesía urbana, sobre todo por la burguesía formada académicamente, antes de que encontrase un amplio eco entre la población y provocara una progresiva movilización política de las masas. La conciencia nacional del pueblo se condensa en «comunidades imaginadas» reelaboradas reflexivamente mediante historias nacionales (Benedict Anderson), comunidades que llegaron a ser el núcleo de cristalización de una nueva autoidentificación colectiva: «Así surgieron en las últimas décadas del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX las naciones [...]: incubadas por un número verdaderamente apreciable de sabios, publicistas y poetas; naciones étnicas en la teoría, no en la realidad todavía por mucho tiempo». En la medida en que esta idea se expandía, se mostraba también, sin embargo, que el concepto político de nación de la nobleza transformada en nación étnica había recibido del concepto más antiguo y prepolítico de nación, utilizado como signo de procedencia y pasado, la fuerza para formar estereotipos. La positiva autoestilización de la nación propia se convirtió ahora en un mecanismo que funcionaba bien como defensa frente a todo lo extraño, como devaluación de las otras naciones y como delimitación de las minorías nacionales, étnicas y religiosas, especialmente de los judíos. En Europa, el nacionalismo se vinculó con el antisemitismo de un modo que arrastraría graves consecuencias”.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, op. cit., p. 87

CAPÍTULO V

CONCRECIÓN DE MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL:

DEL ABOLICIONISMO A LA POPULIZACIÓN

I.- Abolición y deslegitimación del Derecho penal

El abolicionismo penal es una teoría relacionada con la descriminalización. Es decir, la eliminación de ciertas conductas de las leyes penales; y la despenalización, la extinción de la pena cuando la práctica de ciertas conductas – o sea, completamente relacionado a la Política criminal¹. Se basa en propuestas que, en sus manifestaciones más extremas, plantean la eliminación del modelo de justicia penal², afirmando su inutilidad³, incluso en modelos menos radicales, para proponer alternativas⁴.

¹ HULSMAN, Louk, *El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas*, en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, 2000, p. 80: “En el enfoque abolicionista la ‘criminalización’ (la definición de eventos y la respuesta a los eventos, tal cual han sido antes definidos) tiende ser rechazada por falsa, injusta e inefectiva desde una perspectiva preventiva, de control y reparadora”.

² COHEN, Stan, *Introducción*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 13: “‘Abolicionismo’ es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo”.

³ BINDER, Alberto M., *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, 1997, p. 155: “Y el hecho de que apareciera modernamente una escuela, como el abolicionismo, especialmente en su versión radical, que afirma la inutilidad del derecho penal – por lo menos respecto a sus objetivos declarados – y desnuda muchos de sus aspectos de pura crueldad, ha generado un debate que nos ha sorprendido a todos, porque creíamos que ciertas ideas como el poder punitivo, la justicia penal y otras tantas, no eran cuestionables tan de raíz como se ha demostrado que pueden serlo”.

⁴ HULSMAN, Louk, *El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas*, op. cit., p. 80: “Esto no implica que todas las actividades de las agencias – aun cuando sean definidas formalmente como actividades del sistema penal – sean rechazadas. La abolición de la criminalización puede tener lugar bajo la etiqueta oficial del sistema penal. No es el nombre oficial sin la real organización social y cultural de las actividades, las que determinan si una actividad debe ser considerada como ‘criminalización’”.

Se plantea una amplia retirada del Estado de espacios ocupados por la intervención penal⁵. Ya vimos que el Estado avoca y monopoliza la venganza, y deslegitimar la actuación penal del Estado sería hacer un grande cambio en las relaciones de conflicto entre autor del delito y víctima⁶.

El abolicionismo penal⁷ se derivó a partir de los años sesenta y setenta⁸ de la criminología crítica⁹ – especialmente debido a la crítica al sistema de rehabilitación¹⁰, no habiendo pleno consenso entre los autores en cuanto a sus corrientes, algunos compartiendo propuestas político-criminales estructuradas en la premisa de contracción y/o sustitución del sistema de justicia criminal para resolver cuestiones de conflictos sociales¹¹. Pero, en términos generales, afirma

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 18: “El abolicionismo constituye el modo más radical de afrontar la realidad del Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado ejercida en el marco de un conjunto de normas: en efecto, en su versión más radical, rechaza la existencia del Derecho penal y propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de conflictos que llamamos ‘delitos’. El movimiento abolicionista, si es que de movimiento puede hablarse, constituye la manifestación contemporánea esencial del fenómeno, en cierta medida permanente, de la ‘crítica al Derecho penal’”.

⁶ NEUMANN, Ulfrid, *Alternativas al Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 203-204: “Esta exigencia apunta a una amplia retirada del Estado de espacios ocupados hasta el momento por la intervención del derecho penal. El Estado, este era el diagnóstico, usurpa competencias en ámbitos que deben dejarse en manos de las fuerzas reguladoras de la comunidad, al pertenecerles genuinamente. Las víctimas del delito, que desempeñan un papel marginal en el proceso penal, en el que además su situación personal desaparece bajo la interpretación de los hechos realizada por el Ministerio fiscal y el Tribunal, son a su vez las principales víctimas (doble victimización) de la usurpación estatal. Pero la propia sociedad es también víctima, en cuanto que la intervención del Estado le priva de la posibilidad de aprehender el caso a partir de sus normas y criterios valorativos. La abolición del derecho penal supondría en este esquema, simplemente, corregir la apropiación estatal de algo ajeno, es decir, del territorio de la sociedad”.

⁷ CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas*, explicación y prevención de la delincuencia, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 247.

⁸ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción de Máximo SOZZO, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p. 181.

⁹ LARRAURI PIJOAN, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 3a edición, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 197-198.

¹⁰ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 168.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERO BANDRÉS, editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 247 y ss.

que la sanción penal no es una institución transparente el suficiente para el control del delito, consistiendo en un objeto de autoafirmación de las instituciones¹².

Para las tesis abolicionistas el sistema penal no resuelve los problemas de la criminalidad; estigmatiza a aquellos que caen en la maquinaria penal, y se apropia del conflicto sin dejar lugar a soluciones pacíficas, muchas veces comprendidas como de conciliación¹³.

En consecuencia, la corriente abolicionista pretende abolir la totalidad del sistema de justicia criminal; es decir, los conceptos por él contruidos, las estructuras de poder con las que opera y el Derecho penal que legitima, buscando “una alternativa a la pena”. La perspectiva se caracteriza por: a) concebir el delito como un conflicto entre las partes; b) incorporar a la víctima en la resolución del conflicto; c) favorecer un proceso de mediación entre la víctima y el delincuente (aquí llamado “ofensor”); d) llegar a un acuerdo reparador del conflicto¹⁴.

Se presenta mucho más como un movimiento que como una escuela¹⁵, habiendo numerosas formas y variantes, donde confluyen numerosas tendencias criminológicas y político-criminales¹⁶, a veces bastante dispares, pero siempre con la propuesta de sustituir el sistema penal por otras técnicas¹⁷. Así, vemos tendencias como el “nuevo realismo radical” (MATTEWS, YOUNG, JONES,

¹² FALCÓN Y TELLA, Maria José y FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un Derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 122.

¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro*, (hacia un sistema penal de alternativas), Editorial PPU, Barcelona, 1993, p. 54.

¹⁴ LARRAURI PIJOAN, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2015, p. 62, y 74: “...la abolición de la prisión (o del sistema penal en las versiones más ambiciosas); y la reforma del sistema penal para limitarlo y/o transformarlo en un sistema capaz de proteger a los colectivos vulnerables”

¹⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Editorial Anthropos, Barcelona, 2005, p. 204-205.

¹⁶ LARRAURI PIJOAN, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, op. cit., p. 199.

¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, editorial Colex, Madrid, 2001, p. 104-105.

MACLEAN, PLATT, HOGG, etc.), nacido del idealismo nihilista del *labeling approach* o del abolicionismo radical – del “*nothing works*” –, vemos también partidarios de la “orientación” (MUGFORD, BRAITHWAITE, PETTIT, DUFF, etc.), el abolicionismo fenomenológico (HULSMAN, DE HANN, etc.), estructuralista (SCHEERER, ZAFFARONI, etc.). De todas esas, se destacan las obras de CHRISTIE, BIANCHI y HULSMAN¹⁸.

Los movimientos abolicionistas no se excluyen, desde el abolicionismo radical de STIRNER, marxista de Thomas MATHIESEN, fenomenológico-historicista de Nils CHRISTIE y fenomenológico de Louk HULSMAN. En nuestro trabajo nos concentraremos en movimientos menos radicales, que buscan deslegitimar parte del Derecho penal a partir de la Política criminal, especialmente el garantismo¹⁹ y la escuela de Frankfurt²⁰.

Son interesantes también las construcciones del abolicionismo penal que tienen una imagen del manejo del conflicto, pretendiendo “*devolver a las personas involucradas el dominio de sus conflictos*”. Eso permitiría a la víctima y al acusado el dialogo capaz de dar un sentido común a situaciones problemáticas²¹.

¹⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1144 y ss.

¹⁹ LARRAURI PIJOAN, Elena, *Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo*, en SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (coordinador), *Garantismo y Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 66: “Sin embargo, la discusión entre abolicionismo y garantismo corre el riesgo de agotarse: en primer lugar, porque la falta de garantías siempre puede ser esgrimida contra cualquier propuesta descriminalizadora. En efecto, incluso frente a las propuestas de descriminalización por medio de sanciones administrativas, se esgrimen a modo de objeción las menores garantías del derecho administrativo, sin cerciorarse antes no solo de qué garantías se pierden en concreto, sino además de lo que se gana: una mayor efectividad que impide el recurso a una mayor severidad”.

²⁰ INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000.

²¹ En contrario, ROXIN entiende que el Derecho penal tiene sí futuro. Sustenta que las medidas fuera del marco del Estado tendrían poco éxito en sustituir el Derecho penal, en ROXIN, Claus, *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*, en *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3ª época, número 49, 1998, p. 391 y p. 375 y ss.

Para todo eso sería necesario un cambio estructural y completo de las percepciones, lenguaje, actitudes, comportamiento de la sociedad y, claro, de las posturas político-criminales del Estado, lo que solo sería posible con el decurso de mucho tiempo²². Es que muchas de las características del sistema de justicia penal criticadas por los abolicionistas son “endémicas”, con un origen lejano, podemos decir que incrustado en el ser humano y en la propia sociedad²³. El modelo abolicionista sería más flexible, abdicando de la privación y restricción de la libertad, con una estructura civil y administrativa²⁴.

Aunque sea interesante los aportes de los abolicionistas, nos parece demasiado utópicas sus pretensiones²⁵ – al menos para que puedan ser implantadas con la velocidad que pretenden sus defensores²⁶. Es fácil reconocer que hay una crisis en las estructuras del sistema de justicia penal²⁷, especialmente en relación a las cárceles más antiguas. La pena de prisión²⁸, sí debe ser cuestionada, ya que su uso fue exagerado (se utiliza la amenaza de prisión como

²² ROXIN, Claus, *Dogmática Penal y Política criminal*, traducción de Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ, Editorial Idemsa, Lima, 1998, p. 440.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., p. 19-20: “La conclusión, expuesto todo ello muy esquemáticamente, es que el sistema penal, en tanto que producto de la estructura clásica y patriarcal de la sociedad, es el principal responsable de la existencia del fenómeno criminal. Así las cosas, se impone una transformación del modelo de sociedad como única vía real y profunda de eliminación de la criminalidad. Pero, en todo caso, de ahí se sigue la necesidad de prescindir del sistema penal en que nos movemos, ineficaz, selectivo y criminógeno”.

²⁴ LARRAURI PIJOAN, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, op. cit., p. 62.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., pp. 20 y ss.

²⁶ ROXIN, Claus, *Dogmática Penal y Política criminal*, traducción de Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ, op. cit., p. 440.

²⁷ STEINERT, Heinz, *Más allá del delito y de la pena*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 45: “El darse cuenta de la real ineficacia de la ley penal podría tener un efecto liberalizante en la Política criminal. Podríamos, entonces concentrar nuestros esfuerzos para que las instituciones de castigo sean tan humanas como posibles de financiar, con el más alto nivel de recuperación y sabiendo que sólo habrá consecuencias marginales de reincidencia”.

²⁸ SCHEERER, Sebastian, *Hacia el abolicionismo*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 15.

método de coacción²⁹, incluso). Hay también que buscar entender el contexto de los conflictos, humanizar el sistema penal, criticando sus aspectos negativos y creando la sensación de justicia³⁰.

La verdad es que nos parece que los abolicionistas tienen condiciones de aportar bastante a la ciencia político-criminal, y a todo el Sistema penal, ya que cuestionar el sistema es el primer paso para cambiar cuestiones que ya están incrustadas en el sistema, y que muchas veces pueden ser repensadas para funcionar mejor. La visión, a veces un poco radical, de los abolicionistas, sin duda contribuyen bastante para la evolución de la Política criminal³¹.

Especialmente por vivimos en un momento donde se busca establecer el Derecho penal como medio simbólico de establecer principios generales y enfatizar determinados conceptos. El Sistema Penal pasa a tener una función de “*organizador universal simbólico de la jerarquía de las cosas*”, como por ejemplo la moral. Los abolicionistas aportan bastante a la Política criminal en la medida que contribuyen para equilibrar la discusión – aunque tengan posturas radicales, al adoptar una postura defensiva en la expansión del Derecho penal, acaban por evitar que esa ocurra de manera irracional³².

Para fines de Política criminal, es importante darse cuenta de las limitaciones del Derecho penal y, por tanto, hay que hacer una autocrítica. El

²⁹ La pena de prisión es uno de los instrumentos legítimos de control social y, por tanto, una estrategia político-criminal. Ocurre que, para ser legítima, hay que realizarse dentro de los parámetros de legalidad y proporcionalidad, a respecto, v. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 149.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., p. 20: “Al movimiento abolicionista no debe dejar de reconocérsele el mérito de un importante esfuerzo en favor de la humanización del sistema penal criticando los aspectos negativos del mismo (en lo que coincide con los reformistas liberales).”

³¹ NEUMANN, Ulfrid, *Alternativas al Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 201.

³² SCHEERER, Sebastian, *Hacia el abolicionismo*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 33-34.

movimiento abolicionista juega un importante papel en esa reflexión, ya que posee un carácter extremadamente crítico en relación a todo el Sistema Penal³³.

En definitiva, nos parece que la descriminalización es posible en un nivel de opciones político-criminales, o sea, en el momento de la racionalidad previa o práctica (en el caso de aplicación de la ley en delitos menos graves que no necesiten una sanción grave). Muchas veces, hay necesidad de sustituir la aplicación concreta de la pena, que sigue vigente de acuerdo con los postulados clásicos del Derecho penal, por un ideal restaurativo³⁴.

Como hemos dicho, vamos a profundizar la cuestión relativa a la deslegitimación del Derecho penal especialmente en relación a llamada Escuela de Frankfurt y el movimiento Garantista.

A) Escuela de Frankfurt

La referencia a un concepto de Derecho penal del riesgo o de la sociedad del riesgo – aunque el concepto del “*riesgo*³⁵” sea algo profundamente controvertido³⁶ – se hay convertido en el centro de especial interés de lo que llamamos “*Escuela de Frankfurt*”³⁷. De acuerdo con ese movimiento político-

³³ STEINERT, Heinz, *Mas allá del delito y de la pena*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 45.

³⁴ En contrario, ROXIN, Claus, *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*, op. cit., p. 392.

³⁵ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, Bosch Editor, Barcelona, 2014, p. 32-33.

³⁶ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., p. 26-27: “Tratar el tema de la sociedad del riesgo resulta altamente controvertido, pues de inicio el problema que se plantea, es la limitación conceptual de un término tan poroso como este; ya LUHMANN señaló que no existe concepto de riesgo que pueda satisfacer a todas las pretensiones científicas, pues como el propio sociólogo alemán establece, los orígenes de la palabra riesgo son desconocidas y las investigaciones históricas sobre el mismo no aportan información veraz al respecto, además a ello debemos agregar diversos componentes como el político o social, lo cual lo hace mucho más complejo de lo que a primera vista parece”.

³⁷ Un compendio del pensamiento de la Escuela de Frankfurt se puede encontrar en la obra INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del*

criminal, las características de la sociedad moderna como sociedad del riesgo han provocado la desnaturalización del Derecho penal³⁸ para hacer con que él sea funcional en el modelo actual de sociedad³⁹.

En el principio de su obra que relata la sociedad del riesgo, Ulrich BECK nos da un ejemplo especialmente interesante, capaz de sintetizar muchas conclusiones de su teoría. Haciendo una diferenciación entre la sociedad industrial y la sociedad propiamente de riesgos, el autor apunta el accidente nuclear de Chernóbil, ya que la catástrofe allí ocurrida afectó millares de personas que no tenían nada que ver con la actividad de producción energética. El riesgo fue derivado del propio desarrollo humano. El autor diferencia así el proceso de modernización industrial de la posmodernidad⁴⁰.

La sociedad es nombrada “*del riesgo*” pues se entiende que posee riesgos estructurales, difusos y colectivos, muchos de esos oriundos de la globalización. Esos riesgos no pueden ser imputados objetivamente ni individualmente⁴¹, lo que

Derecho Penal, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000.

³⁸ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLO, en *Revista Penal*, año 1, número 1, Editorial Praxis, Barcelona, 1998, p. 37: “La moderna Política criminal se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho penal tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto (como el fraude de subvenciones) y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico universal vagamente configurado (como la salud pública en el Derecho penal de estupefacientes). De este modo, la determinación del injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación. Por contra, disminuyen las posibilidades de defensa y también de crítica de los excesos del legislador”.

³⁹ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, op. cit., p. 38.

⁴⁰ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Hacia una nueva modernidad, traducción de Jorge NAVARRO, Daniel JIMÉNEZ y María Rosa BORRAS, Ediciones Paidós, Barcelona, 1998, p. 11.

⁴¹ BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, traducción de Bernardo MORENO y María Rosa BORRAS, Ediciones Paidós, Barcelona, 2008, p. 93: “El diagnóstico de la sociedad del riesgo mundial sería exactamente el siguiente: los denominados peligros globales hacen que se resquebrajen los pilares del tradicional sistema de seguridad. Los daños pierden su delimitación espacio-temporal para convertirse en globales y permanentes. Los daños apenas si se pueden seguir atribuyendo a unos responsables determinados; el principio de causalidad pierde capacidad segregadora. Los daños tampoco pueden seguir siendo compensados financieramente; no tiene sentido contraer una póliza de seguros contra los efectos *worst case* de la espiral mundial del peligro. En

acaba por obligar una modificación de criterios político-penales⁴². Eso todo, según los autores de la Escuela de Frankfurt, constituye un nuevo Derecho penal, que fue ampliamente modificado⁴³.

Uno de los referentes teóricos es la obra que hemos citado, de Ulrich BECK, para quien la sociedad del riesgo es determinada por tres características, en muy apretada síntesis: 1) los afectados no son determinados por criterios espaciales, temporales o personales – son omnipresentes; 2) no es posible imputar de acuerdo con reglas vigentes sobre causalidad, culpabilidad y responsabilidad – “*incalculabilidad*”; y 3) no son objeto de un seguro – “*no compensabilidad*”⁴⁴. Un ejemplo claro son los delitos contra el medio ambiente. Los riesgos son las inseguridades determinables, que son consecuencias secundarias de la modernidad industrial⁴⁵.

En verdad eso es un diagnóstico crítico del Derecho penal actual, no se trata de un concepto dogmático, y si de un movimiento político criminal, con fuerte tendencia basada en la deslegitimación, ya que los autores entienden que esa sociedad del riesgo provoca una flexibilización de reglas de imputación y relativización de principios y garantías⁴⁶. Hay distintos modelos sociológicos que

consecuencia, tampoco se puede planificar el ‘día después’ en caso de que sobreviniera lo peor de lo peor”.

⁴² HERZOG, Felix, *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLO, en *Revista Penal*, año 2, número 4, Editorial Praxis, Barcelona, 1998, p. 56: “Las leyes penales reaccionan hoy en día de forma creciente y anticipada a la desintegración social y a la desorganización sociales, para compensar la falta de acuerdo social normativo. Esferas de inseguridad colectiva y de desorganización social son ocupadas por la Política criminal sin proyecto global alguno y sin sensibilidad hacia los límites de la eficacia del Derecho penal, que se convierte así en la llave maestra de la reacción frente a todas las necesidades y miedos imaginables. Cuantos más requerimientos de orientación moral debe asumir de este modo el Derecho penal, menos puede éste cumplir con su misión, de afirmar y garantizar las normas realmente básicas de la convivencia pacífica mutuamente aceptadas”.

⁴³ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, op. cit., p. 37.

⁴⁴ BECK, Ulrich, *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*, traducción de Maria Ángeles SABIOTE GONZÁLEZ y Yago MELLADO LÓPEZ, *Serie Dinámicas interculturales*, CIDOB edicions, Barcelona, 2007, p. 12.

⁴⁵ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Hacia una nueva modernidad, op. cit., pp. 30 y ss.

⁴⁶ FARALDO CABANA, Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 11: “Por otra parte, según una opinión

explican la sociedad del riesgo, pues los conceptos varían de acuerdo con el autor en la Sociología – hay, por ejemplo, el modelo de Frank Xaver KAUFMANN, de Ulrich BECK y de Adalbert EVERS y Helga NOWOTNY⁴⁷. Aun así, ese concepto, de sociedad del riesgo, es aún más amplio en los autores de la Escuela de Frankfurt, que el utilizado en la Sociología, pues constituiría la decadencia de conceptos básicos al Derecho penal, como el de injusto, la propia idea de bien jurídico y el paradigma de instrumentalización del Sistema penal⁴⁸.

Hay que tener un poco de cuidado, pues en el ámbito de la Escuela de Frankfurt la idea no es clasificar toda y cualquier manifestación del Sistema penal como de riesgo, sino que describir una tendencia que se presenta en algunos contextos que han sido incorporados al Derecho penal, donde se busca proteger penalmente bienes jurídicos colectivos⁴⁹ y la configuración de tipos

cada vez más extendida, ello desembocará asimismo en una ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, dando lugar a un Derecho menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas tradicionales de imputación y en el que se relativizarán los principios político-criminales de garantía, sustantivos y procesales”.

⁴⁷ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., pp. 69 y ss.

⁴⁸ HERZOG, Felix, *Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., p. 249: “El diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del Derecho Penal, que pueden englobarse bajo el concepto «Derecho Penal del riesgo», constituye uno de los puntos centrales de interés que caracterizan a la Escuela de Frankfurt. A este concepto se pueden reconducir justamente, sin renunciar a la diferencia de posiciones, los muy diversos accesos de los penalistas de Frankfurt al Derecho Penal. El Derecho Penal del riesgo caracteriza así un síntoma de decadencia del Derecho Penal desde la perspectiva de un concepto kantiano del injusto y del Derecho Penal; es apto como campo de pruebas para el significado crítico-sistémico y trascendente de la teoría del bien jurídico; vale como ejemplo paradigmático de la instrumentalización del Derecho-(Penal) a través de la política y la utilización simbólica o respectivo abuso de las leyes; puede promover la exigencia generalizada de una mayor atención a las alternativas al Derecho Penal en sus notorios déficits de ejecución - en resumen: el Derecho Penal del riesgo no es tanto un concepto jurídico-penal dogmático como una categoría diagnóstico-temporal desde un punto de vista crítico-cultural”.

⁴⁹ HERZOG, Felix, *Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., pp. 249-250.

como delitos de peligro abstracto. Según los autores de la Escuela de Frankfurt, eso se aparta de la idea del Derecho penal clásico⁵⁰.

Hay ahí el origen de la denuncia que se hace cuanto a la instrumentalización⁵¹ electoral y simbólica del Derecho penal y su carácter simbólico⁵² (que estudiaremos más detalladamente) – la Escuela de Frankfurt direcciona sus críticas contra el llamado “Derecho penal moderno”, argumentando que crea una situación insustentable, especialmente en sus tendencias intervencionistas y/o expansionistas. Ese perfil del “Derecho penal moderno” sería la antítesis del Derecho penal liberal, surgido en el período de la Ilustración⁵³.

En definitiva, esa Escuela denuncia la instrumentalización social del Derecho penal, plasmada en la creciente creación de bienes jurídicos abstractos, sin referente individual, y en la abstracción de la protección de bienes jurídicos clásicos mediante delitos de peligro. Además, denuncia la instrumentalización

⁵⁰ ROXIN, Claus, *Informe final*, traducción de Carmen GÓMEZ RIVERO, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., p. 318: “Los modernos métodos legislativos para el tratamiento de tales manifestaciones (la amplia anticipación de la protección del Derecho penal mediante delitos de peligro abstracto y mediante la creación de bienes jurídicos colectivos imprecisos, de difícil identificación) han sido blanco de su rechazo. En lugar de ello, la Escuela de Frankfurt preconiza la retirada del Derecho penal de estos ámbitos y su limitación a un «Derecho penal nuclear», orientado principalmente a la protección de la vida, la integridad y la libertad del individuo. Lo que exceda de ello debe relegarse a la regulación del Derecho civil, del Derecho público, a un Derecho de intervención en proceso de elaboración (que si bien no tenga carácter penal ofrezca ciertas garantías jurídicas) o a otros mecanismos de control social”.

⁵¹ De manera general, Ulrich Beck ya alerta por la posibilidad de instrumentalización, en la sociedad del riesgo, por las promesas estatales de seguridad, lo que puede resultar en un contexto particularmente perverso, en BECK, Ulrich, *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*, traducción de María Ángeles SABIOTE GONZÁLEZ y Yago MELLADO LÓPEZ, *Serie Dinámicas interculturales*, CIDOB edicions, Barcelona, 2007, pp. 15-16.

⁵² HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 148.

⁵³ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Editorial Temis, Bogotá, 1999, pp. 15 y ss.

política a través de la configuración de un Derecho penal simbólico que no cumple los fines legítimos del Sistema Penal.

La Escuela de Frankfurt critica lo que llaman de “pérdida del carácter fragmentario del Derecho penal”, afirmando que ese, de la manera como es manejado hoy, pierde su característica de *ultima ratio*, convirtiéndose en *sola ratio*⁵⁴. HASSEMER resalta todavía el hecho de que ese moderno Derecho penal se presenta en la forma de delitos de peligro abstracto, que exigen solamente prueba de conducta peligrosa, renunciando a todos los presupuestos clásicos de punición, y reduciendo las posibilidades de defensa⁵⁵.

Está claro que el discurso sociológico del riesgo tiene implicaciones para el Derecho⁵⁶, pero hay que analizar con cuidado los modelos que esclarecen la cuestión. No hay duda que hay un crecimiento de los peligros de gran dimensión – algunos nuevos, otros ya conocidos, lo que es una consecuencia propia del progreso técnico-social. A ese modelo, se suma un segundo, donde la sociedad del riesgo se presenta sobre todo como una sociedad subjetivamente insegura, debido a la percepción que la sociedad tiene de los peligros⁵⁷.

Esa concepción de la sociedad del riesgo, según los autores de la Escuela de Frankfurt, lleva al “*discurso social del riesgo*”, lo que resulta en la postura jurídico penal y político-criminal de expansión e instrumentalización del Sistema Penal⁵⁸. Concluyen, así, que el Derecho penal no representa el instrumento más adecuado para reacción a esos nuevos riesgos, habiendo el riesgo, según

⁵⁴ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, op. cit., p. 38: “A la vista de los grandes problemas que amenazan la sociedad, en el actual discurso político el Derecho penal no vale tendencialmente como *ultima*, sino como *prima* o incluso *sola ratio*”.

⁵⁵ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLA, en *Revista Penal*, año 1, número 1, Editorial Praxis, Barcelona, 1998, p. 37.

⁵⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006, pp. 85-86.

⁵⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, op. cit., pp. 92 y ss.

⁵⁸ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., pp. 85 y ss.

PRITTWITZ, de él mismo – el Derecho penal – convertirse en un importante riesgo para la sociedad, ya que recibe la función de instrumento de prevención, y puede responder al a sociedad insegura con una función exageradamente simbólica⁵⁹.

Las propuestas de la Escuela de Frankfurt, así, pueden ser sintetizadas en el ofrecimiento de una resistencia a las alteraciones legislativas y dogmáticas propuestas por la tendencia expansionista (que estudiaremos a seguir)⁶⁰. Su objetivo es reconducir la intervención punitiva del Estado en dirección a un minimalismo penal⁶¹. Parten los autores de la premisa que el Derecho penal debe ser limitado al máximo, incidiendo solamente sobre aquellas conductas que vulneran, de manera agresiva, los bienes indispensables a la vida en común – como la vida, salud, etc.⁶²

Lo que si podemos destacar es que existe, delante de todas las discusiones propuestas, consenso en relación a algunos puntos, y una vez más la crítica a la evolución del Derecho penal es extremadamente válida para la evolución del Derecho penal y especialmente de la Política criminal. La discusión respecto la capacidad de conducción de los problemas por el Derecho penal clásico y sus construcciones modernas, considerando especialmente la efectividad y legitimidad, además de su función preventiva para la seguridad, son extremadamente interesantes para que una reflexión presente y futura.

⁵⁹ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., pp. 87 y ss.

⁶⁰ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., pp. 94-95.

⁶¹ HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, Traducción de Patricia S. ZIFFER, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 18-19.

⁶² KARGL, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho*, Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena, traducción de Ramón RAGÚES I VALLES, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 49 y ss.

Así, de un lado se pone la defensa de la teoría del bien jurídico estrictamente individual, por la cual el Derecho penal debe dedicarse exclusivamente a la protección subsidiaria y represiva de los bienes jurídicos esenciales al desarrollo del individuo, a través de los instrumentos tradicionales de imputación de responsabilidad y segundo los principios y reglas clásicas de garantía; por otro lado, la propuesta de flexibilización de los instrumentos dogmáticos y de reglas de atribuciones de responsabilidades, dando al Derecho penal condiciones para actuar en la protección de los bienes jurídicos supra-individuales y en el control de nuevos fenómenos de riesgo, ya que es condición para la estabilidad de la sociedad del riesgo.

No se puede negar que hay, en algunas ideas expansionistas, ciertas perversidades, como la idea de que el Derecho penal debe convertirse en el principal instrumento de las demandas sociales, muchas veces superficiales⁶³. Así la importancia de la crítica de la Escuela de Frankfurt, pues acaba trayendo a la discusión esa expansión que – repisamos – no debe jamás ser irracional, ni debe ser la única manera de enfrentar los problemas sociales.

El Derecho penal debe ser funcional, para ser compatible con su vocación de instrumento social punitivo, protegiendo las expectativas esenciales cuya ausencia de protección penal crearía reacciones prejudiciales a la estructura social, en la medida que existan riesgos cuando no sean protegidos.

⁶³ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho Penal en la intervención de la Política Populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 472 y ss.: “En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal”.

B) Garantismo penal

El libro publicado por Luigi FERRAJOLI en 1989, “*Derecho y razón*” fue un verdadero terremoto en la filosofía jurídica europea. Se ha producido un movimiento intelectual de enorme monta en torno de la figura y obra, especialmente en el Derecho penal, pero también entre teóricos y filósofos del Derecho y constitucionalistas. Los esfuerzos del autor engloban un conjunto de reflexiones respecto el carácter rígido del constitucionalismo contemporáneo, y denuncia de antinomias que son generadas dentro del sistema jurídico⁶⁴.

Para comprender un poco el Garantismo, es necesario determinar lo que significa “*garantía*”. Garantizar significa afianzar, asegurar algo. Y, cuando hablamos de esa doctrina, ese “*algo*” que se tutela son derechos o bienes individuales, estableciendo instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a la agresión (por parte de individuos o del Estado⁶⁵). En síntesis, establecimiento de límites y vínculos al poder para minimizar las amenazas⁶⁶.

Tratase de una teoría donde se busca neutralizar un potencial abuso del poder, buscando un sistema de garantías en el Derecho, oponiéndose al autoritarismo en Política y ejercicio del poder y, por tanto, teniendo fuerte

⁶⁴ CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 11 y ss.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERA BANDRÉS, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p; 21: “Debe añadirse que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”.

⁶⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p; 21.

aplicación a la Política criminal del Estado, especialmente utilizando el principio de la estricta legalidad⁶⁷.

El garantismo, así, tiene como una de sus consecuencias una concepción de modelo *normativo*, estableciendo el Derecho como un sistema de garantías, que limita a la protección de los bienes e intereses que deben ser perseguidos, es decir, el Estado al positivizar los derechos vitales del individuo determina su respecto y realización efectiva⁶⁸. Es interesante, todavía, notar el concepto de *Política* propio del garantismo, donde se exige distinguir las condiciones de vigencia y las condiciones de validez, extremadamente importante para que se efectivice la Política criminal garantista⁶⁹.

Los principios que orientan los ordenamientos jurídicos penales modernos son fruto, en gran parte, de la Ilustración⁷⁰. Para algunos, el Derecho penal tiene una tendencia para la ruptura con algunas posturas garantistas del modelo liberal, lo que es criticado del punto de vista de la Escuela de Frankfurt y del Garantismo. En Política criminal, los principios liberales se concretaron como un rol de garantías penales que deben estar tan incrustadas en el Sistema legal, y que no se pueden quebrantar⁷¹.

Para el funcionamiento perfecto del sistema democrático, el Derecho debe poseer mecanismos para limitar el propio Derecho, eso fue introducido con el concepto de *contrato social*, lo que empezó en la Ilustración y fue desarrollado en los siglos siguientes, sobre todo a través de la profundización de los

⁶⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, op. cit., pp. 21-22.

⁶⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, op. cit., p. 24.

⁶⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, op. cit., p. 26.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, op. cit., p. 33.

⁷¹ GRACIA MARTÍN, Luis, *¿Qué es modernización del Derecho Penal?*, en Díez RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACIA MARTÍN, Luis e HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (editores), *La ciencia penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 382.

movimientos constitucionalistas⁷². Como ya hemos visto en el capítulo I, el pensamiento liberal cambió completamente la visión del Estado, eliminando las arbitrariedades del Antiguo Régimen.

El constitucionalismo más reciente, especialmente posterior a la II Guerra Mundial, dio origen a la articulación para formación de la Organización de las Naciones Unidas y un desarrollo de los Derechos Humanos, que introdujo un modelo más rígido en relación a los Derechos constitucionales, reconociendo mecanismos legislativos para creación y control de condicionalidades de las leyes, lo que refleja en la Política criminal del Estado⁷³.

El autor italiano formula, para el desarrollo de su teoría, las clásicas preguntas que tienen por objetivo legitimar el Derecho penal: “¿cuando y como prohibir, juzgar y castigar?”. Son interrogantes que él busca resolver a través de los principios garantistas incrustados en la Constitución, que se convierten en normas jurídicas vinculantes para el legislador penal. Está ahí la demostración clara de una Política criminal garantista, pues esos principios deberán ser utilizados en el momento legislativo y de aplicación de la ley⁷⁴.

⁷² RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Principios orientadores del constitucionalismo social*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., p. 195: “Tal como se vio al inicio del presente capítulo, FERRAJOLI sostiene la tesis relativa a que en la segunda mitad del siglo XX ha tenido lugar un auténtico cambio de paradigma en el derecho positivo de las democracias avanzadas, el cual impuso una revolución epistemológica en las ciencias penales y, en general, en la ciencia jurídica en conjunto. Tal cambio de paradigma, en la estructura del derecho positivo se habría producido, en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las garantías de la rigidez de las Constituciones introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales”.

⁷³ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Principios orientadores del constitucionalismo social*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., p. 195.

⁷⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Principios orientadores del constitucionalismo social*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., p. 196.

Buscase, así, establecer límites para la elaboración de las Políticas penales⁷⁵. El Garantismo interpreta las teorías de justicia para echar la mirada en el individuo destinatario de las leyes. Así, acaba por expresar un paradigma donde no sólo defiende la idea constitucionalista, sino también busca un modelo de Estado compatible con una Política criminal donde haya priorización de los Derechos humanos, haciendo con que el Derecho penal no defienda solo las libertades individuales, sino que posibilite la creación de garantías y derechos sociales⁷⁶.

Específicamente en relación a la Política criminal, FERRAJOLI propone una serie de principios y axiomas⁷⁷, basados en el Derecho penal liberal, que son:

1. *Nulla poena sine crimine*. (no puede haber pena sin delito – principio retribucionista);
2. *Nullum crimen sine lege*. (no puede haber delito sin ley – principio de legalidad);
3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. (no puede haber ley sin necesidad – principio de necesidad);
4. *Nulla necessitas sine iniuria*. (no puede haber necesidad sin injuria – principio de lesividad);
5. *Nulla iniuria sine actione*. (no puede haber injuria sin acción – principio de exteriorización);

⁷⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Principios orientadores del constitucionalismo social*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., p. 196.

⁷⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Principios orientadores del constitucionalismo social*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., pp. 196-197.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, op. cit., p. 93.

6. *Nulla actio sine culpa*. (no puede haber acción sin culpa – principio de responsabilidad);
7. *Nulla culpa sine iudicio*. (no puede haber culpa sin enjuiciamiento – principio de jurisdiccionalidad);
8. *Nullum iudicium sine accusatione*. (no puede haber enjuiciamiento sin acusación – principio acusatorio);
9. *Nulla accusatio sine probatione*. (no puede haber acusación sin pruebas – principio de verificación);
10. *Nulla probatio sine defensione* (no puede haber pruebas sin defensa – principio de contradicción).

Respectar a los principios y axiomas determina el modelo de responsabilidad penal garantista. Con ello, FERRAJOLI busca demostrar la necesidad de un Derecho penal mínimo como mecanismo de defensa de los propios individuos implicados en el Sistema penal⁷⁸.

En definitiva, las principales ideas del Garantismo son: a) la separación entre el derecho y la moral, especialmente en el ámbito político-criminal; b) la fundamentación empírica para el castigo penal; c) defender un Derecho penal

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, op. cit., pp. 93-94: “Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen – con cierto forzamiento lingüístico – el modelo *garantista* de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal ‘absoluto’. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno *estado de derecho*. Su análisis teórico se desarrollará en la tercera parte de este trabajo, donde discutiré detalladamente las cuestiones de la legitimación *política* expresadas por las preguntas por el ‘cuándo’ de la intervención penal”.

mínimo, como *ultima ratio*; y d) garantizar un sistema punitivo racional que elimine arbitrariedad.

II.- Derecho penal mínimo

Al revés de la postura abolicionista, pero muy próxima de la postura de deslegitimación, que tiene las mismas bases, está la postura que defiende el Derecho penal mínimo. Se confunde con la deslegitimación pues posee los mismos rasgos esenciales, especialmente la minimización de la reacción violenta frente a los delitos, lo que supone la reducción al mínimo de las prohibiciones penales e infligir el mínimo sufrimiento necesario a la minoría de los desviados⁷⁹.

Subordinar la intervención punitiva a reglas externas, propias del Estado Democrático de Derecho, minimizaría la intensidad de las agresiones o intromisiones del Estado en el control de la conducta. Tratase de mantener principios garantistas, lo que podrá dar más sustentabilidad e confiabilidad a todo el Sistema Penal⁸⁰.

A la Política criminal eso es importante pues debe que haber un criterio de selección y valoración social de protección, y no de mera funcionalidad. Eso tiene total relación con el propio principio de proporcionalidad, ya que tratase de la protección eficiente y la proporcionalidad en sentido estricto. La valoración

⁷⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., pp. 118-119.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, op. cit., p. 39: “La subordinación de la intervención a unas reglas externas al ataque mismo, la minimización de su intensidad dentro de las posibilidades y exigencias y la aptitud de control de la intromisión, se encuentran en una relación de tensión básica con la intensidad del ataque y su efectividad (a corto plazo) (...). En general, para el Derecho penal futuro, se trata entonces de hacer viable la orientación al mantenimiento de los principios garantistas: no sólo para el ‘sistema’ y el ‘Estado de Derecho’, sino sobre todo para las personas que viven en ese sistema”.

debe partir de la Constitución (como límite mínimo), pero también en los Derechos humanos y sociales, también relacionándose con los principios de individualización de la conducta y de la ofensividad. En definitiva: los valores penales seleccionados por el ordenamiento jurídico deben ser solo aquellos cuya vulneración representa una infracción suficientemente grave⁸¹.

El fundamento del minimalismo también está en el propio Estado social y democrático de Derecho, al respeto de los derechos fundamentales y su dimensión social. Un sistema político-constitucional supone la máxima dimensión de todos los derechos fundamentales, potencializando la lógica de reducción del sistema penal por el propio Estado democrático⁸².

Así las cosas, para muchos el Derecho penal mínimo es una consecuencia del propio Garantismo, siendo capaz de realizar un doble objetivo: la prevención y la minimización de los delitos, y también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos e la minimización de las penas⁸³.

En definitiva y de manera pragmática, el minimalismo penal parte del presupuesto de que el Sistema Penal sufre un proceso de deslegitimación (de ahí su proximidad con las posturas deslegitimadoras). En ese contexto, la tarea de la Política criminal es justamente preparar la transformación del Sistema Penal, incluso en su discurso oficial, buscando dar legitimidad a otras instancias del control social. Tratase de una articulación programática para una mínima

⁸¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., pp. 120-121.

⁸² ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 61.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi, *Garantías y Derecho penal*, en SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (coordinador), *Garantismo y Derecho Penal*, op.cit., p. 5.

intervención penal, con base en requisitos mínimos de respecto a los Derechos Humanos por la Ley penal, utilizándose para eso de principios⁸⁴.

Está muy claro que hay una restricción del Derecho penal, para llegarse al minimalismo, lo que es la propia derivación de la fuerza crítica de los principios de garantía y de la Escuela de Frankfurt. Hay una orientación de los valores a los principios individuales desde la Ilustración, que viene a coincidir con la concepción de Derecho penal mínimo⁸⁵.

Pero, en realidad, es necesario resaltar la paradoja que existe en nuestra realidad, aunque la expresión “Derecho penal mínimo” sea clave en nuestro momento cultural, coexiste con una postura de sobre-criminalización de la vida económica. Hay, en algunos contextos, al lado de la postura hipergarantista en algunos puntos, en otros hay una flexibilidad de esas mismas (u otras) garantías⁸⁶.

De hecho, como hablaremos, hay una tendencia expansiva en el Derecho penal, al menos en algunos puntos de su aplicación. Detener la expansión racional de esa rama del Derecho es poco realista. Esa expansión es un diagnóstico, no una proposición, debido a la propia complejidad de la sociedad postmoderna y de las relaciones sociales. En ese contexto, la discusión político-criminal es interesante, y no se debe dejar de tener en cuenta la importancia del minimalismo, especialmente en relación a sus principios. Eso es también importante desde una mirada del punto de vista de pensar la Política criminal, pues esa conduce los criterios legislativos para la plasmación legislativa⁸⁷.

⁸⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 299-333.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus ROXIN, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 20-21.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 56.

⁸⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, introducción a la sociología jurídico-penal, traducción de Álvaro BÚNSTER, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004, pp. 239-240.

III.- Postura de contención del Derecho penal

Nos parece absolutamente claro que las denominaciones de las políticas criminales no pueden ser consideradas homogéneas. La postura de contención también se confunde en muchos puntos con el minimalismo penal, por tratarse de una idea del Sistema penal deslegitimado, estructuralmente imposibilitado de alcanzar algunos puntos de Control Social⁸⁸.

Los propios principios, muchos de ellos enunciados por FERRAJOLI cuando fue elaborada su doctrina Garantista, pero especialmente los Derechos Humanos, son los mecanismos e instrumentos que tienen por objetivo ejecutar la contención de la violencia en la cual se manifiesta el ejercicio del poder de punir⁸⁹.

La contracción al mínimo del Sistema Penal también es una estrategia de contención de la violencia punitiva, según los autores que defienden la postura de contención del Derecho penal. Su objetivo es la búsqueda por profundos cambios en el Sistema, limitando las injusticias y costes sociales, reduciendo la intervención en la gestión de conflictos y problemas sociales, lo que dejaría

⁸⁸ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 348-349: “La teoría del derecho penal mínimo, que es una propuesta de Política criminal alternativa en la perspectiva de la criminología crítica es, ante todo, un programa de contención de la violencia punitiva a través del derecho, basado en la más rigurosa afirmación de las garantías jurídicas propias del Estado de derecho, en el sistema de la justicia penal y de los derechos humanos de todas las personas, y en particular de los sindicados y condenados frente a dicho sistema. En segundo lugar, su programa consiste en una amplia y rigurosa política de descriminalización y, en una perspectiva final, en la superación del actual sistema de la justicia criminal y su sustitución por formas más adecuadas, diferenciadas y justas de defensa de los derechos humanos frente a la violencia”.

⁸⁹ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 299-300 y p. 303.

espacio para que la propia sociedad encuentre formas más eficaces y justas para la solución de sus problemas⁹⁰.

Esa postura tiene por presupuesto que, aunque el Sistema Penal esté deslegitimado, continúa habiendo manifestaciones de su ejercicio de poder en la sociedad, y de una manera violenta. Así, hay que proponer mecanismo de contención de esa violencia estatal⁹¹.

Eso se puede hacer a través de la verificación político-criminal de la legitimidad respecto las elecciones de criminalización y de penas, asumiendo un control racional del uso de poder político del Derecho penal, intentando dar garantías cualitativas y cuantitativas de la reserva de ley – o sea, la encarnación de una opción político-criminal⁹².

La defensa de las garantías jurídicas del Estado Democrático de Derecho está, por lo tanto, dentro de la Política criminal propuesta por la postura de contención, como una estrategia de contención de la violencia del Sistema Penal,

⁹⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Política criminal con bases empíricas en España*, en *Polit. Crim.* n. 3, 2007. A8, pp. 1-16, p. 11.

⁹¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 349: “La intervención del sistema de la justicia penal sobre los conflictos y problemas es, sobre todo, una intervención simbólica que no puede representar una efectiva solución de ellos. Eso no quiere decir que, en ciertas circunstancias, también la función simbólica ejercida por un correcto y riguroso uso de la justicia penal no pueda representar un momento de la acción civil y política para la defensa de derechos humanos y su reafirmación después de que se hayan consumado, en la impunidad, formas de violación generalizada y constante.”

⁹² GIUNTA, Fausto, *¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la Política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., p. 176: “El problema de la legitimación de la pena viene puesto, por lo tanto, en una perspectiva de contención de la intervención penal, como confirma, más allá de todo, la entendida inexistencia de un deber de tutela penal hacia los bienes jurídicos significativos. Por su parte, la ciencia penal, en el verificar si las elecciones de penalización realizadas sean más o menos legítimas, aspiraría a asumir una función de control racional del uso que el poder político hace del Derecho penal, ofreciendo al cuerpo social una garantía de «cualidad» añadida respecto a aquella por así decir «cuantitativa» de la reserva de ley, como mera expresión del dominio de la mayoría y de la dimensión política del Derecho penal.”

hasta que la propia sociedad pueda llegar a la igualdad y libertad suficiente para prescindir del Sistema Penal como está legitimado por la orden jurídica actual⁹³.

Según BARATTA, el primer paso para contención de la violencia punitiva sería la plena aplicación del principio de legalidad que, además de ser la base de otros principios de limitación formal del uso de la violencia punitiva, impone distintas implicaciones⁹⁴. Ya ZAFFARONI también considera inseparable y necesario para la contención la modificación del discurso jurídico-penal, como reconstrucción⁹⁵.

Para el autor argentino, el judiciario posee un papel fundamental en la contención de violencia del Sistema Penal, decidiendo en los casos sometidos a su apreciación de acuerdo con la regla denominada “violación mínima / realización máxima” de las garantías penales⁹⁶. Por lo tanto, una respuesta sería la búsqueda por una fórmula de contención de la violencia, a través de su urgente reducción de actuación⁹⁷.

Así, implementar los principios y el carácter fragmentario del Derecho penal significaría reducir la intervención punitiva, con la consecuente contención

⁹³ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 146.

⁹⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 146.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1993, p. 12: “De este modo pienso que es posible reconstruir el discurso jurídico-penal con un modelo análogo al del derecho humanitario, es decir, no como un discurso legitimante de la permisión y menos aún de todo el poder criminalizante y de vigilancia, sino como un discurso de contención y limitación del mismo, en la medida del espacio de un poder jurídico con vocación de progresivo aumento.”

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 243: “Desde la perspectiva de un discurso jurídico-penal pautado conforme al realismo marginal, por garantías penales se entiende el compromiso de las agencias judiciales penales para ejercer su poder en forma que decida cada caso conforme a la regla de ‘violación mínima / realización máxima’ de los principios que sirven para limitar la irracionalidad (violencia) del ejercicio de poder del sistema penal, configurando de este modo un ‘stardard’ – provisional, por progresivo y ‘abierto’ o ‘inacabado’ – de máxima irracionalidad (violencia) tolerada (por falta de poder de la agencia judicial para imponer uno menor)”

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 279.

de su violencia. La aplicación de la pena sería una *ultima ratio*, y la tolerancia en relación a algunas conductas que no constituyen una grave lesión a los Derechos Humanos, implicarían en un proceso necesario de descriminalización y despenalización, mitigando los efectos perversos e inútiles de la criminalización y prisión⁹⁸.

La contención tiene sentido, ya que una rama del Derecho que es demasiado violenta tiene que tener límites⁹⁹, o sea, criterios de delimitación de sus huellas. Las personas afectadas por el Derecho penal – imputado o condenado, víctimas, testigos, etc. – sufren consecuencias complejas, de ahí la necesidad de repensar el alcance de todo el Sistema penal¹⁰⁰.

En definitiva: hipertrofiar la legislación penal no es la respuesta, en general, a los problemas de criminalidad, para la postura de contención del Derecho penal. Tratar de controles sociales informales, combatir los orígenes de la criminalidad, la educación y otras políticas públicas pueden ser mucho más eficientes que la respuesta legislativa o político criminal¹⁰¹. El problema es que, en la realidad, muchas reformas penales acaban por incrementar el rol de conductas penalmente prohibidas y el rigor de las puniciones, al contrario de las posturas minimalistas, deslegitimadoras o de contención¹⁰².

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, deslegitimación y dogmática jurídico penal, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 246 y ss.

⁹⁹ FERNANDÉZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 126.

¹⁰⁰ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar?* Razones por las que merece la pena la pena. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Francisco MUÑOZ CONDE, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 145.

¹⁰¹ HIRSCH, Hans Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal propia en un Estado de Derecho*, en FIGUEIREDO DIAS, Jorge, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección), GUZMÁN DALBORA, José Luis (coordinación), *En penalista liberal*, Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 146.

¹⁰² TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Política criminal con bases empíricas en España*, en *Polit. Crim.* n. 3, 2007. A8, pp. 1-16, pp. 4-5.

IV.- Expansión jurídico-penal

La expansión del Derecho penal es una realidad manifiesta en nuestra sociedad, y es el fenómeno determinante de la respuesta del Estado a las demandas de seguridad ciudadana, ya que la propia sociedad (llamada sociedad del riesgo, como ya hemos visto¹⁰³) percibe un incremento de la criminalidad y de la aparición de nuevos riesgos inherentes a la propia modernidad. Eso lleva a una tensión con las garantías propias del Derecho penal y ya no se trata más de proteger bienes jurídicos clásicos, sino que la protección debe extenderse a nuevos intereses, colectivos en general, que han surgido con el desarrollo de la sociedad. Tratase justamente de una postura que acepta la sociedad del riesgo como una realidad actual¹⁰⁴.

Hay justificativas para la expansión del Derecho penal: la propia complejidad que adquiere la sociedad actual frente a los nuevos riesgos, nuevos bienes jurídicos surgidos a partir de la era postindustrial, y la muchas veces insuficiencia de otros medios de control social protegieren esos bienes e intereses sería suficiente para justificarla. Pero esa expansión debe ser limitada, especialmente debido al principio de la intervención mínima¹⁰⁵.

De todas formas, cuando surgen nuevos bienes jurídicos que necesitan tutela, lo que acompaña el propio desarrollo y los cambios sociales, hay la necesidad de la expansión de algún instrumento de tutela estatal, para la efectiva protección de los Derechos humanos que demandan gestión del Estado. Se puede decir que la expansión propicia la protección de los Derechos humanos pues no se propone un Derecho penal sin garantías, sino que la imprescindible

¹⁰³ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., p. 87.

¹⁰⁴ PRITTWITZ, Cornelius, *Sociedad de riesgo y Derecho Penal*, traducción de Adán NIETO MARTÍN y Eduardo DEMETRIO CRESPO, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., pp. 261-262.

¹⁰⁵ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho Penal comparado*, la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental, Atelier, Barcelona, 2011, p. 87.

salvaguarda de bienes considerados indispensables para la configuración social como, por ejemplo, el medio ambiente o cuestiones económicas¹⁰⁶.

Eso no significa, necesariamente, el endurecimiento punitivo y la total pérdida de garantías, tratase mucho más de un nuevo factor de multiplicación de normas que buscan mayor eficiencia. Claro que algunas normas penales van a tener más firmeza, pero el cerne del movimiento de expansión es comprender la necesidad de que el Derecho penal expandido tutele bienes jurídicos distintos del Derecho penal clásico¹⁰⁷.

Como ya hemos visto, el Derecho penal y la Política criminal son institutos antiguos, que ya han pasado por muchos cambios para estar compatibles con las necesidades de las sociedades. Son instrumentos que deben estar en plena conexión con el contexto actual, especialmente cuando hay un cambio que reverbera mundialmente, sin distinción de países y continentes, aunque con sus diferencias culturales¹⁰⁸.

¹⁰⁶ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., p. 104.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio, *Globalización y Derecho Penal*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 337.

¹⁰⁸ HIRSCH, Hans Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal propia en un Estado de Derecho*, en FIGUEIREDO DIAS, Jorge, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ZAFARRONI, Eugenio Raúl (dirección), GUZMÁN DALBORA, José Luis (coordinación), *El penalista liberal*, op. cit., p. 130: “La creación de tipos penales siempre nuevos es hoy un fenómeno universal. Se trata de un fenómeno que se manifiesta en tres formas, que en parte se entrecruzan. Una, concierne a los casos en aquellos ámbitos que han surgido como consecuencia del progreso científico y tecnológico, como las técnicas informática y atómica, y la ingeniería genética. Un segundo grupo tiene como objeto modos de conducta que, en parte, estaban hasta ahora amenazadas con sanciones punitivas en el Derecho penal administrativo o en el Derecho penal accesorio, pero que, merced a un cambio de apreciaciones, llamaron con más fuerza la atención y con su incorporación al Código Penal han experimentado una revalorización, una consideración penal más severa, así como una expansión, particularmente en el campo previo a la ejecución. Aquí vienen al caso, sobre todo, el Derecho penal del ambiente y el Derecho penal económico. En fin, en el tercer grupo se trata de ámbitos en los que un comportamiento que ya era punible ha aumentado considerablemente, y este incremento de la delincuencia y de sus formas de manifestarse han dado ocasión para adelantar y exacerbar su punibilidad. Son de mencionar la criminalidad relativa a las drogas y, en general, la criminalidad organizada”.

Es sabido que especialmente desde la Revolución Industrial hubo muchos cambios en la estructura social, esos cambios han sido mucho más rápidos que en los siglos anteriores, lo que muchas veces ha creado dificultades de adaptación a la propia sociedad, incluso para comprender la velocidad y dimensión de una cultura que cambia prácticamente de forma diaria.

Las personas han migrado para las ciudades, saliendo de los medios rurales, y la producción ha crecido de manera asustadora. Ni hablar de la evolución tecnológica constante y de los medios de comunicación, lo que ha ampliado la competitividad. Todo eso ha llevado mucho más individuos a la delincuencia, lo que hizo la sociedad postindustrial sufrir de creciente inseguridad¹⁰⁹.

Ese es justamente el contexto de la llamada “*sociedad del riesgo*” que ya hemos tratado, tanto en relación a bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, como en relación a la mayor inseguridad sentida por la sociedad que va ganando complejidad¹¹⁰.

Los medios de comunicación también han fomentado incertezas en cuanto a los riesgos reales, que pueden ser amenaza a la tranquilidad de los individuos¹¹¹. Noticias divulgadas con exagerado sensacionalismo y que

¹⁰⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coordinador), *Mutaciones de Leviatán, legitimación de nuevos modelos penales*, Ediciones Akal, Madrid, 2005, p. 9.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 203.

¹¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (especial referencia al ámbito económico), en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 400: “Entre las causas de la expansión se contaría en primer término la efectiva aparición de nuevos riesgos de procedencia humana (v. gr., para el medio ambiente, para los consumidores) en una sociedad de enorme complejidad, ante los cuales existe una generalizada sensación (subjetiva) de inseguridad en el ciudadano, potenciada por los medios de comunicación, que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo. A este factor vendrían a añadirse otros factores, característicos de la sociedad postindustrial del Estado del bienestar, como ante todo el dato de que dicha sociedad se configure como una sociedad de «clases pasivas», en la que se tiende progresivamente a una restricción de las esferas de actuación arriesgada y se forja una

repercuten de manera sobrevalorada los peligros, muchas veces distorsionadas de la realidad¹¹².

La prensa pasó a ser un vehículo propulsor de la Política criminal del Estado, etiquetando delincuentes y haciendo crecer la inseguridad ciudadana. Como consecuencia, se creó la sensación a los individuos de que el Sistema Penal es el único instrumento capaz de luchar contra la criminalidad, deteriorando garantías ligadas a los Derechos Humanos y creando la noción en la sociedad de una lucha entre el *bien* contra el *mal*¹¹³.

Y ese contexto ha colaborado para dar al Derecho penal un mayor contexto simbólico¹¹⁴, que tiene por objetivo dar a la sociedad una respuesta en relación al incremento de la criminalidad¹¹⁵.

resistencia psicológica frente al caso fortuito; ello traería como consecuencias la eliminación de espacios de riesgo permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, así como la propuesta de aumentar la tipificación de delitos de peligro¹⁵. Otro relevante factor vendría representado por el fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo), de tal suerte que la ley penal pasa a convertirse también en una Magna Carta de la víctima”.

¹¹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-01 (2005), pp. 01: 2 y ss.

¹¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (especial referencia al ámbito económico), en DIEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 400.

¹¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (especial referencia al ámbito económico), en DIEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., pp. 399-400.

¹¹⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Cultura del control, sociedad del riesgo y Política criminal*, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador) *Política criminal y Reforma penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pp. 76-77: “La expansión del Derecho Penal se presentaría como la respuesta a la existencia de una creciente sensación subjetiva de inseguridad en la colectividad, por la que ésta demandaría al Estado una creciente intervención penal del Estado en la realidad social, a fin de garantizar la seguridad de la sociedad frente al delito. Dicha sensación subjetiva de inseguridad se encontraría provocada por factores reales (por ejemplo, la aparición de nuevos riesgos y, con ello, de nuevas formas de delincuencia), y por factores que no se corresponderían con un incremento de la delincuencia en la realidad social. Entre estos últimos Silva se refiere, particularmente, a los “gestores atípicos de la moral” (Iglesia, asociaciones representantes de los derechos de colectivos diversos, medios de comunicación, etcétera)”.

También la disminución de las barreras físicas entre los diferentes Estados permitió una mayor integración entre pueblos y culturas, además del fenómeno de globalización económica. La consecuencia fue la eliminación de las distancias, y el tránsito más efectivo de personas, servicios y objetos. Con esos cambios, también aparecieron nuevas formas de criminalidad, especialmente económica, con finalidad de lucro, y con medios tecnológicos¹¹⁶.

Hay, todavía, también el fenómeno de la expansión del *momento* penal, también llamado “*administrativización*” del *Derecho penal*¹¹⁷. O sea, la protección de bienes jurídicos supra individuales, y la modificación del sistema y de la función del Derecho penal, cambiando completamente la manera como se hace la intervención penal, los criterios y las garantías propias del Derecho punitivo¹¹⁸.

Para muchos, las sanciones impuestas, resultantes de la ampliación del objeto del Derecho penal, deberían ser conducidas a la esfera punitiva del Derecho administrativo. En síntesis, la administrativización del Derecho penal podría provocar la modificación de la propia estructura y contenido material del Derecho penal¹¹⁹.

¹¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (especial referencia al ámbito económico), en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., pp. 400-401.

¹¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (especial referencia al ámbito económico), en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 401.

¹¹⁸ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), op. cit., p. 11.

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 121 y ss.

A la bien da verdad, es importante reconocer los cambios sociales, y la expansión no necesariamente como una propuesta, sino que como una constatación real de que la sociedad se ha tornado más compleja y con eso el Derecho penal es llamado a tener mayor protagonismo en las políticas del Estado, obviamente al lado de la Política criminal. SILVA SÁNCHEZ en su obra totalmente dedicada a la expansión del Derecho penal, que es lectura obligatoria para comprender el fenómeno, ha puesto eso de manifiesto¹²⁰.

Trata, el autor, de la expansión racional e irracional del Derecho penal, diferenciando algunos de los rasgos donde hay necesidad de mayor actuación de la rama punitiva del Derecho, y de otras, donde critica su actuación. También es importante aquí señalar su definición de los llamados “*gestores atípicos de la moral*”, criticando su participación en la Política criminal, lo que trataremos al largo de ese trabajo¹²¹.

La expansión es fenómeno de gran complejidad, como la propia complejidad de adquiere la sociedad. No tenemos la pretensión de agotar el tema. Pero fue importante dedicarle algunas líneas, especialmente para contraponer el minimalismo o el abolicionismo muchas veces radical. Como ya hemos visto, la Política criminal es parte de la Política del Estado y, por tanto, tiene importancia fundamental en el desarrollo de las políticas públicas generales.

V.- Modelos político-criminales

Nos parece claro que la Política criminal es parte de las políticas públicas del Estado, poseyendo mayor complejidad que la mayoría – al menos en relación a su relación con los Derechos humanos y las disciplinas jurídico-

¹²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., p. 66 y ss.

constitucionales¹²² – porque tiene carácter eminentemente punitivo, de restricción de derechos.

Las normas penales son creadas a partir de opciones legislativas¹²³, oriundas de la Política criminal, de ahí la importancia de tratar algunos modelos que orientan esa producción normativa. Hay una pluralidad de alternativas morales y políticas, que se consolidan en las leyes, y que se plasman en una sociedad cada vez más homogénea, a partir del cual se puede llegar a un consenso sobre las cuestiones de control social¹²⁴.

A nuestro entender, los modelos no son – ni podrían ser – estanques. Se comunican, tienen conceptos intercalados. No se puede adoptar únicamente un modelo político-criminal, pues el tejido social es demasiado complejo y la cantidad de conductas que demandan protección penal tienen sus grados lesividad de gran variedad, además de que el propio control social tiene la profunda participación de distintas instituciones de control social¹²⁵.

Así, trataremos aquí de manera breve de los modelos que entendemos más importantes para fundamentación del tema, sin ninguna pretensión de agotar el tema.

¹²² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, 75º aniversario del Código Penal, Varios Autores, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 432.

¹²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, op. cit., pp. 432-433.

¹²⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, op. cit., p. 431: “Aunque desde un análisis sociológico pudiera parecer sorprendente ese afán relativizador de los contenidos del contrato social en una época de profunda integración de culturas diversas en sociedades cada vez más homogéneas, el énfasis colocado en la pluralidad de alternativas morales y políticas pretendidamente existentes en nuestras sociedades, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales”.

¹²⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, op. cit., pp. 433-434.

Las posturas ya tratadas son las bases teóricas que fundamentan las opciones legislativas relativas a algunos de los modelos. Pero, se debe advertir: la opción legislativa y la producción normativa posee mucha más complejidad que la simple opción por uno de esos modelos. El proceso de producción legislativa no se limita en el procedimiento jurídico, sino que tratase de un complejo fenómeno sociológico¹²⁶.

Las decisiones legislativas penales, así, deben ser elaboradas atendiendo a la realidad social y jurídica. La racionalidad de las leyes penales tiene sí influencia política, no hay total neutralidad técnica – hay aportación de niveles de racionalidad político y social en las leyes, que muchas veces tienen fundamento en los modelos presentados, aunque el propio legislador no lo perciba¹²⁷.

Esa racionalidad¹²⁸ se da a través de principios, reglas y criterios diferenciados. Tratase de estudio de la teoría de la legislación, que tiene instrumentos para valorar los contenidos y aportar técnicas para la elaboración

¹²⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, op. cit., p. 440: “El proceso de surgimiento de una ley penal está lejos de limitarse al procedimiento constitucionalmente previsto para su tramitación a partir de la iniciativa del ejecutivo o del legislativo. Antes de ello se ha producido un complejo fenómeno sociológico que podría dividirse en cinco fases”.

¹²⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Presupuesto de un modelo racional de legislación penal*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, Edición Espagráfic, Alicante, pp. 37-38: “Si antes he sostenido que una decisión legislativa penal racional debe elaborarse atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica con la que interactúa, no puedo compartir formulaciones reducidas de la racionalidad legislativa como las acabadas de recoger. Los partidarios de limitarse a una racionalidad técnicojurídica parecen buscar un campo de actuación alejado de las contingencias políticas, mucho más difíciles de afrontar racionalmente. Sin embargo, los contenidos éticos y estratégicos del debate político no se pueden eludir en fases más técnicas del proceder legislativo, en las que influyen de manera decisiva; pretensiones de neutralidad técnica ocultan una realidad operacional y conceptual en la que se produce una constante aportación de contenidos procedentes de niveles de racionalidad más plurales que los señalados; su desconsideración o el intento de establecer una solución de continuidad entre unos niveles u otros da una visión incompleta y por ello inexacta de lo que es un procedimiento legislativo racional. Por otra parte, como tendremos ocasión de ver, las mismas racionalidades lingüística y jurídicoformal precisan de un fundamento o apoyo ético, cuando menos, para poderse activar”.

¹²⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 91.

del Derecho¹²⁹. Obvio que todo eso pasa por un sentido de construcción utilizando modelos, verdadera concreción de posturas políticas definidas¹³⁰.

Está claro que los discursos ético-políticos van a posibilitar la construcción legislativa, dentro del Estado de Derecho. Así, la producción legislativa debe someterse a la racionalidad dentro de la formación política, conciliando intereses cuyo confronto va a regular la vida en sociedad¹³¹.

Lo que nos parece importante aquí es fundamentar la existencia de algunos de esos modelos, ya que buscaremos tratar en los próximos capítulos justamente de los efectos del fenómeno populista – ya delineado en el capítulo anterior – para la sociedad en cuanto a la Política criminal.

Pero, hay que advertirse que la legitimación del Derecho penal exige que el propio modelo político-criminal sea compatible con la Constitución vigente, y con las propias estructuras sociales, que en general – en los Estados democráticos – valora los Derechos humanos¹³².

¹²⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Presupuesto de un modelo racional de legislación penal*, op. cit., pp. 53-54: “Establecidos los contenidos básicos de una racionalidad legislativa que podría acomodarse a las necesidades jurídicopenales, el siguiente paso habría de consistir en dotar a los diversos niveles de racionalidad de principios, reglas y criterios diferenciados. Sólo ese desarrollo ulterior de la teoría de la legislación, que debiera especificarse según los sectores jurídicos objeto de atención, va a permitir enriquecer sus contenidos de modo que pueda abandonar meras caracterizaciones globales sobre cómo debiera ser el proceder legislativo y estar en condiciones de aportar instrumentos útiles para la elaboración del derecho. Los avances ya registrados genéricamente sobre las racionalidades lingüística y jurídico formal deben especificarse en función de los diversos sectores jurídicos a los que atienden, y deben extenderse al resto de racionalidades. Sin duda la identificación de las disciplinas científicas o técnicas que tienen más importancia en cada una de las racionalidades es una labor meritoria, pero un progreso sustancial sólo será posible si se avanza en las tareas acabadas de reseñar.”

¹³⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Presupuesto de un modelo racional de legislación penal*, op. cit., pp. 54-55.

¹³¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, op. cit., pp. 112-113.

¹³² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, op. cit., p. 124: “En cualquier caso, toda legitimación del derecho penal, o de un modelo políticocriminal, debe ser compatible con la constitución y el derecho positivo respectivos, y con determinadas estructuras de la realidad, singularmente la concepción de la persona como portadora de derechos inviolables”.

La identificación de un modelo político-criminal adoptado permite evaluar las propias estrategias de actuación del Estado, y permitir el tránsito entre los distintos modelos, ya que esos no son estanques¹³³. Tratase de la forma como el Estado programa su dirección político-criminal de manera general, en sus rasgos esenciales, definiendo los rumbos que esa rama de Política general programática será llevada a cabo, en sus manifestaciones legislativa y judiciales.

Hay que decirse, todavía, que muchas de las cuestiones que se ponen en los modelos de Política criminal son constataciones, en cuanto otras son proposiciones. En nuestra comprensión, debe haber una ponderación entre las distintas ideas encarnadas en los modelos político-criminales, pero siempre de manera que se respete los límites del modelo democrático estatal.

El Derecho penal, y la Política criminal, en definitiva, deben ser aceptados como instrumento – el más drástico – pero imprescindible de estabilización social. Es instrumento legítimo del Estado¹³⁴, poseyendo funciones de protección de bienes jurídicos (y prevención de la criminalidad), y de protección de la vigencia de la norma, según POLAINO NAVARRETE¹³⁵.

A) Modelo garantista

El Garantismo, que tuvo su origen en la Criminología Crítica¹³⁶, sitúase como un modelo de Política criminal¹³⁷ que busca viabilizar la aplicación del

¹³³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-12, 2011, p. 12:5.

¹³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. 2ª edición corregida y actualizada. Editorial Tecnos. Madrid, 2015. p. 117 y ss.

¹³⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit. p. 133 y ss.

¹³⁶ Así como tuvo también su origen en la Criminología Crítica otros movimientos deslegitimadores del Derecho Penal, como el abolicionismo y la postura de contención, que aquí vamos considerar en el modelo del Garantismo, ya que ese reúne varias posturas que tienen por objetivo el Derecho Penal mínimo. En cuanto al abolicionismo, dejaremos de tratar detalladamente como concreción en modelo, sino que apenas una postura, pues consideramos

Derecho penal mínimo¹³⁸, ya que su fundamento primordial es que el Derecho penal no es el remedio para todos los males de la sociedad, debiendo, así, reservarse a los casos más graves¹³⁹.

Los postulados garantistas conciben el Derecho como un sistema de garantías¹⁴⁰, y se centran en la protección de los Derechos individuales contra las invasiones punitivas del Estado, contra los excesos del control estatal, y contra los avances del Derecho penal sobre la libertad individual¹⁴¹. Eso se hará a través de la reducción de actuación del Derecho penal a situaciones de conformidad a

una postura político-criminal utópica, no debiendo ser considerada un modelo efectivamente concreto. FERNANDÉZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 219: “Es indudable que la criminología crítica anduvo ideológicamente en cierta relación de simpatía con el liberalismo radical, el garantismo e incluso el abolicionismo”.

¹³⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI, op. cit., p. 23: “Proyectada en el enjuiciamiento interno o jurídico del derecho, la tesis metodológica del garantismo consiste en una aproximación teórica al derecho que mantiene separados el «ser» y el «deber ser» en el derecho y promueve un nuevo modelo de juez y de jurista (el modelo de juez y de jurista del garantismo), así como un modelo de política (el modelo garantista de la política)”.

¹³⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, ¿El Derecho penal garantista en retirada?, *Revista Penal*, n. 21, enero 2008, pp. 148 y ss., p. 148: “Corren malos tiempos para las libertades individuales y por tanto también para el Estado de Derecho, lo que significa que tampoco son buenos los tiempos para las concepciones garantistas del Derecho penal, esto es, aquellas orientadas a la minimización de la violencia de la intervención punitiva por medio de su sometimiento a unos estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. En la ciencia penal, este modelo de Derecho penal surgió y ha permanecido ligado al modelo de Derecho penal liberal, al que HASSEMER atribuye las siguientes características: a) El Derecho penal sólo se entiende justificado por su utilidad como mecanismo de prevención; b) Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social puede considerarse delito; c) El delito y la pena suponen el estricto cumplimiento de la legalidad; d) Los derechos del ciudadano constituyen límites al poder del Estado, razón por la cual el Derecho penal tiene un carácter subsidiario y proporcional; y e) Conforme a lo anterior, las reglas de imputación penal cumplen una función de garantía frente al poder penal del Estado”.

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, op. cit.

¹⁴⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI, op. cit., p. 24: “Consecuencia del modelo de legitimación del garantismo es una cierta concepción o modelo normativo de derecho que concibe a éste como un sistema de garantías. El concepto garantista de derecho es, pues, de nuevo, coincidente con la ideología jurídica del Estado de derecho: el derecho es un sistema de límites y vínculos al poder político para la protección de los bienes e intereses que deban ser perseguidos.”.

¹⁴¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 12:7.

los principios – la estricta legalidad, la materialidad y la lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia¹⁴² –, como una técnica de limitación de sus presupuestos¹⁴³.

Tiene dos postulados básicos que podemos llamar de principales, de manera resumida: a) la aplicación del principio de legalidad *stricto sensu*, en su carácter formal – la definición del delito; y de forma concreta – la efectiva conducta culpable del autor; b) la verificación de las hipótesis acusatorias con comprobaciones fácticas. El segundo postulado es aplicable a la cuestión procesal¹⁴⁴.

FERRAJOLI trabaja con tres acepciones del término “Garantismo”: un modelo normativo; teoría y crítica del Derecho; y filosofía del Derecho y crítica política. A nosotros nos importa, especialmente aquí, la primera, donde la idea designa un modelo de estricta legalidad del Estado de Derecho, entablando la discusión sobre la falta de técnicas coercitivas que permitan en contraste y neutralización del Derecho ilegítimo¹⁴⁵.

Tratase de un sistema que tiene como objetivo la búsqueda por la tutela idónea y la minimización de la violencia estatal. El autor italiano destaca que el Garantismo tiene como función y dimensión político-criminal la “*crítica del derecho existente*”, y el “*diseño del derecho que debe ser*”. Tratase de un modelo a seguir – o por alcanzar¹⁴⁶.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, op. cit., p. 33.

¹⁴³ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), op. cit., p. 88.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, op. cit.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, op. cit.

¹⁴⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., pp. 196-197: “Ferrajoli destaca así la función y la dimensión político-criminal del nuevo paradigma constitucional, en una doble dirección: a) como crítica del derecho existente, mediante el análisis y la censura de sus perfiles de invalidez constitucional (o sea, proposiciones desde «dentro»); y, b) como diseño del derecho que debe ser, identificando las lagunas, las garantías que aún faltan y que deben ser introducidas con

Toda la discrecionalidad penal estaría dirigida para la exclusión de cualquier intervención penal que no sea movida por argumentos cognitivos seguros. El programa político-criminal del Estado, según la doctrina garantista, no se puede formular apenas con vistas a la eficacia y funcionalidad, sino que basada en un rol de protecciones constitucionales – eso sería el punto central de su vigencia para el Garantismo¹⁴⁷.

La certeza que busca no está en la punición del *máximo* de conductas criminosas, sino que en la punición de delitos donde haya *comprobada* culpabilidad del agente, a través de una fundamentación en elementos subjetivos del delito. Adopta, así, algunas medidas, como la descriminalización de conductas de poca lesividad o aceptas socialmente, obligando que el reproche a la conducta tenga base en la exterioridad del resultado producido, fundamentando la exigencia a la lesión o efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos¹⁴⁸. FERRAJOLI busca resumir los límites del Garantismo a través de diez axiomas básicos, ya citados anteriormente¹⁴⁹.

La búsqueda del Derecho penal mínimo – que algunos autores garantistas identifican como el “Derecho penal de la Constitución” – representa el esfuerzo por el control del sistema punitivo y del mecanismo de criminalización, realizando los principios constitucionales en materia penal¹⁵⁰.

De alguna manera, la teoría política garantista recupera la idea del contrato social, especialmente en cuanto instrumento de tutela de los derechos

apoyo en los derechos sancionados en las Constituciones (es decir, recomendaciones desde «afuera»).

¹⁴⁷ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 47.

¹⁴⁸ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, *‘Reconfiguración’ del sistema de fuentes del Derecho penal y ‘amenaza de crisis’ del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización*, en FARALDO CABANA, Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, op. cit., p. 172.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 93.

¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, op. cit., pp. 188-189.

fundamentales. Es la concepción instrumental de Estado, que debe servir a sus entes naturales – individuos y sus derechos¹⁵¹.

En definitiva, para el Modelo Garantista de Política criminal, los principios han dejado de ser simples orientaciones teóricas, pasando a normas jurídicas vinculantes para el legislador en el momento de producción de las normas penales y de las determinaciones político-criminales, o una forma propia de interpretación legal, que tiene por objetivo dar una validez material, además de la formalidad para el contenido normativo, orientada a los Derechos humanos e a limitar el ejercicio del poder punitivo estatal¹⁵².

Es importante, en último lugar, acordarse que hay autores que no consideran el Garantismo como un modelo político-criminal como, por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS. Para ese autor, aunque reconozca la importancia del Garantismo como “*salvaguarda de libertades públicas y los derechos fundamentales*”, la doctrina garantista apenas identifica parámetros comunes de toda Política criminal, “*sin proponer una estrategia con contenido necesario para fundamentar una política pública*”¹⁵³.

¹⁵¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI, op. cit., p. 24.

¹⁵² RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., p. 196.

¹⁵³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 12:7: “En realidad, la asignación de un papel sobresaliente a la moderación punitiva no es más que el correlato de la adopción del garantismo como modelo políticocriminal. En este caso, poniendo el énfasis en la intensidad y expansión de las reacciones penales. Pero creo haber probado en otro lugar que el garantismo, sin perjuicio de su función indispensable en todo sistema de justicia penal, no reúne las características para convertirse en una estrategia de lucha contra la criminalidad o, lo que es lo mismo, en un modelo político-criminal”.

B) Modelo expansionista y neocriminalizador

Como ya hemos dicho, la expansión del Derecho penal es una realidad en todas las sociedades de nuestro tiempo, y la característica esencial del expansionismo penal contemporáneo es, sin duda, la creciente proliferación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, y la utilización de técnicas de protección distintas¹⁵⁴, especialmente la criminalización de conductas que conllevan situaciones de peligros abstractos¹⁵⁵. Tratase de una tendencia de internacionalización y uniformización del Derecho penal¹⁵⁶.

Los bienes jurídicos que se propone a proteger, en general, son colectivos y generales y hay por parte del legislador, muchas veces, una previsión de conductas amplia y particularmente vaga¹⁵⁷. Los delitos de peligro abstracto¹⁵⁸ suplantando los de peligro concreto o donde haya efectivo daño, con objetivo de facilitar la aplicación del Derecho penal en nuevas demandas, especialmente

¹⁵⁴ PRITTWITZ, Cornelius, *Sociedad del riesgo y Derecho Penal*, traducción de Adán NIETO MARTÍN y Eduardo DEMETRIO CRESPO, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 262: “El término expansión, aunque su significado sea evidente desde un punto de vista etimológico, pretende tener un significado tridimensional: acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital o la promoción de la posición de mercado), adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible -por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de la barrera de protección penal- y finalmente, en tercer lugar, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo”.

¹⁵⁵ GIUNTA, Fausto, *¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la Política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos*, traducción de Miguel Ángel RODRÍGUEZ ARIAS, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 177.

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 25.

¹⁵⁷ BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, traducción de Mauricio MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995, p. 43.

¹⁵⁸ GRACIA MARTÍN, Luis, *¿Qué es modernización del Derecho Penal?*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 359.

cuando el delito se dirige al propio cuerpo social. Tratase de una previsión de riesgo potencial, y no la efectiva exposición del bien jurídico al daño, habiendo una *presunción* de ofensividad de la conducta¹⁵⁹.

Podemos decir que el momento expansionista o neocriminalizador está íntimamente ligado a cuestiones de la contemporaneidad. Tratase del resultado de nuevos riesgos existentes que, de acuerdo con los partidarios del modelo, demandan mayor protección del Estado, y causa una búsqueda frenética de la sociedad por una mayor actuación aparato estatal y su poder de coerción, deseando e buscando una sensación de pacificación social¹⁶⁰.

SILVA SÁNCHEZ, en su libro que trata justamente de la expansión del Derecho penal, vislumbra que el Derecho penal de la globalización económica y de la integración entre diferentes países tendrá tendencias a una unificación creciente, será menos garantista, flexibilizando reglas de imputación y relativizará los principios político-criminales. Tratase de una previsión que ya es perceptible hoy, especialmente en leyes de combate a la criminalidad organizada y la corrupción¹⁶¹.

La constatación del autor se basa en el hecho de que la globalización direcciona el Derecho penal a demandas prácticas, para cuestiones de eficacia en el combate a la criminalidad. Además de eso, comprende que la delincuencia de la globalización es económica, cuyos delitos son diferentes del paradigma clásico¹⁶².

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, traducción de Elena LARRAURI, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Penal y Estado*, Función simbólica de la pena, op. cit., pp. 33-34.

¹⁶⁰ BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, y LASH, Scott, *Modernización reflexiva*, Política, tradición y estética en el orden social moderno, versión española de Jesús ALBORES, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 23.

¹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 97 y ss.

¹⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 99.

La verdad es que los nuevos riesgos que han sido introducidos por la modernidad han contribuido para una crisis¹⁶³ en el sistema jurídico actual¹⁶⁴. Los sistemas penales individualmente considerados son incapaces de contestar a los desafíos de la nueva criminalidad. Así, hay necesidad de mayor cooperación internacional y creación de nuevos paradigmas para hacer frente a los nuevos riesgos¹⁶⁵.

Otra característica que se constata en el moderno Derecho penal es el divisionismo en microsistemas, resultado de la disolución y de la desagregación de las tradicionales estructuras dogmáticas. Ese movimiento está particularmente claro en el ámbito del Derecho penal económico y la macrocriminalidad, donde las construcciones arduamente conquistadas por la Dogmática penal en los últimos siglos pierden su valor, especialmente en relación a la interpretación de tipos penales económicos¹⁶⁶.

Hoy ya se reconoce que el Derecho penal es un instrumento ineficaz para combatir problemas sociales estructurales. Es que sus fundamentos clásicos se han tornado impotentes frente a las nuevas demandas de la modernidad, y el modelo expansionista propone cambios estructurales y de paradigma para ese enfrentamiento de nuevos riesgos¹⁶⁷.

¹⁶³ GRACIA MARTÍN, Luis, *¿Qué es modernización del Derecho Penal?*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 360.

¹⁶⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, *¿Qué es modernización del Derecho Penal?*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 360.

¹⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., pp. 91-92.

¹⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., pp. 72-73.

¹⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.

El rol de la Política criminal del modelo expansionista, en ese contexto, es certificarse de las posibilidades de solución de los problemas del Sistema penal y demarcar los límites de esas posibilidades, entablando de forma segura sus funciones prácticas y simbólicas¹⁶⁸.

Hay que hacerse un análisis preciso de la capacidad del propio Sistema Penal. La Política criminal debe cuestionar se el Derecho penal es realmente la solución para el control de los nuevos riesgos, o habrá una producción ilimitada de normas punitivas, lo que podría llegar a la pérdida de cualquier sistema de garantías fundamentales o de la característica preventiva del Derecho penal¹⁶⁹.

Los cambios en los paradigmas de imputación¹⁷⁰ como, por ejemplo, la búsqueda por formas de responsabilidad de la persona jurídica, son importantes para hacer frente a los nuevos riesgos. La verdad es que hay distintas

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., p. 149 y ss.

¹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., pp. 121-122: “Como es sabido, sin embargo, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales es la primera expresión de ello. Así, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo «delito de lesión de bienes individuales» al modelo «delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales», pasando por todas las modalidades intermedias. Los legisladores, por razones como las expuestas, han promulgado y promulgan numerosas nuevas leyes penales y las respectivas *rationes legis*, que obviamente no dejan de guardar relación —al menos indirecta— con el contexto o con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos, son. Ascendidas de modo inmediato a la condición de bienes penalmente protegibles (dado que están protegidos). Así, junto a los delitos clásicos, aparecen otros muchos, en el ámbito socio-económico de modo singular, que en poco recuerdan a aquéllos. En este punto, la doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve —según se señalaba más arriba— cómo, a diferencia de lo sucedido en los procesos de despenalización de los años sesenta y setenta, su capacidad crítica en el marco de procesos de criminalización como los que caracterizan el presente —y seguramente el futuro— resulta sumamente débil”

¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., p. 121: “El conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos reseñados en los apartados anteriores está teniendo en el Derecho penal un cúmulo de efectos, que configuran lo que hemos dado en llamar «expansión». A algunas de las manifestaciones de la «expansión» ya se ha hecho alusión ejemplificativa más arriba: así, a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al incremento y ampliación de las sanciones, no nos detendremos aquí especialmente”.

proposiciones, como también la sugerencia en crear un “Derecho sancionatorio de carácter administrativo”¹⁷¹.

El Derecho penal es violento e irracional¹⁷², pero al mismo tiempo es un instrumento de búsqueda por las libertades civiles. Así, es irrenunciable como medio de control social¹⁷³. Debe, sin duda, ser considerado como herramienta para hacer frente a los desafíos lanzados por la modernidad. Así, mejor que se admita la existencia del expansionismo penal de manera consciente, ya que hay formas racionales de expansionismo, y formas irracionales¹⁷⁴.

Hay que acordarse de que muchas de las conquistas libertarias de los últimos siglos fueron acuñadas en el ámbito jurídico-penal, especialmente porque la concreción del poder punitivo del Estado lleva a la discusión sobre cuestiones de libertad y democracia. Eso representa un gran legado al propio sistema democrático – se pueden considerar la consolidación de muchos de los Derechos fundamentales que estructuran nuestra propia concepción de ser humano fueron ahí acuñados¹⁷⁵, pero de nada sirve si el Derecho penal no sea aplicable a las expectativas sociales modernas, aunque no haya consenso sobre todas ellas¹⁷⁶.

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., p. 121 y ss.

¹⁷² DONINI, Massimo, *La relación entre Derecho Penal y política: método democrático y método científico*, traducción de Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., pp. 71-72.

¹⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena en* ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 154.

¹⁷⁴ En su obra sobre el expansionismo penal, SILVA SANCHEZ subraya esa diferencia entre el expansionismo irracional y el racional, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., pp. 21-24.

¹⁷⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 113.

¹⁷⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales*, en ARROYO ZAPATERO,

Hay que decirse que la Política criminal en el modelo expansionista no tiene objetivo de expandir el Derecho penal irracionalmente, ni cuestionar la utilidad político-criminal de los fundamentos dogmáticos clásicos del sistema¹⁷⁷. Antes de cualquier aplicación del modelo, hay que cuestionarse sobre la legitimidad¹⁷⁸ jurídico-penal y jurídico-constitucional de determinada decisión político-criminal, pues las concreciones de la Política criminal en la legislación solo pueden tener aplicación racional por medio de normas que tengan legitimidad dentro del ordenamiento jurídico. Es importante tener eso en cuenta para crear la falsa impresión de que ese modelo tiene por objetivo simplemente utilizar el Derecho penal como *prima ratio* o *sola ratio*¹⁷⁹.

Un ejemplo interesante de expansión del poder punitivo del Estado a través del derecho administrativo sancionador es la promulgación, en Brasil, de la Ley 12.846, promulgada en agosto de 2013¹⁸⁰. Esta Ley determinó la responsabilidad civil y administrativa¹⁸¹ de empresas que eventualmente tengan conductas de corrupción. Tratase de una autorregulación – o sea, la empresa debe adoptar posturas condicentes con el combate a corrupción o, en caso de imputación, tendrá que responder administrativa o civilmente. Es razonable,

Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 113.

¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., pp. 39-40.

¹⁷⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 113.

¹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., p. 65.

¹⁸⁰ BRASIL. *Lei 12.846*, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, Diário Oficial da União. Brasília, 2 de agosto de 2013.

¹⁸¹ Es importante llamar la atención que, aunque las responsabilidades definidas por la Ley citada sean de carácter civil y administrativo, su lógica y también su redacción utilizan una racionalidad legislativa eminentemente penal.

pues, aunque tenga esta Ley una lógica penal, utiliza sanciones administrativas, sin, por tanto, utilizar el Derecho penal como *prima ratio*.

En definitiva, la búsqueda por alternativas punitivas a las nuevas demandas que amenazan el orden social, ha sido el objetivo principal de la fundamentación del modelo expansionista, en prácticamente todos los países. Pero hay que tenerse en cuenta que el Derecho penal – que es eminentemente punitivo y tiene sí características simbólicas (aunque su carácter simbólico no deba ser el único, ya que una Ley únicamente simbólica, en general, carece de plena efectividad) – no debe representar el único instrumento de combate a los problemas sociales¹⁸².

Así las cosas, tratase de un modelo que reconoce el cambio de las demandas sociales y pone de manifiesto la imposibilidad de los fundamentos dogmáticos clásicos de extender la protección del Derecho penal a los nuevos intereses, proponiendo la expansión racional en dirección a nuevos mecanismos de actuación para la Política criminal¹⁸³.

C) Modelo de defensa social y el populismo punitivo

Antes de tratar de ese modelo, es necesario dejar claro que lo que pretendemos aquí es hacer una explicación breve. Eso porque, aunque hemos tratado de las posturas populistas históricas en el capítulo anterior, en los próximos pretendemos tratar de forma más detallada de las consecuencias populistas en la intervención punitiva, y nos parece precipitado tener la pretensión de detallar sus fundamentos y consecuencias a penas en un apartado

¹⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.

breve. Lo que haremos aquí será dar una noción de sus principales rasgos, lo que facilitará el tratamiento futuro de la materia.

Como ya hemos dicho exhaustivamente, hay en la sociedad moderna una creciente preocupación en relación a la seguridad pública, y la necesidad de búsqueda de nuevas formas de tratar de la delincuencia¹⁸⁴. El Estado, con objetivo de manejar de forma efectiva el control de criminalidad, utilizase de políticas públicas, especialmente la Política criminal¹⁸⁵. Así, hay íntima conexión entre las ideologías orientadoras de las políticas públicas y la praxis en el área de seguridad, pues la orientación a los operadores del control social formal (punitivo) del Estado viene justamente de las directrices político-criminales¹⁸⁶.

La verdad es que, en los últimos tiempos, las cuestiones respecto a la seguridad pública han sido tratadas sin un debate político-criminal profundizado, lo que provoca una exclusión de la Política criminal técnica de los debates que tratan de la seguridad de los ciudadanos. La carencia de políticas públicas que tengan por objetivo la prevención de la criminalidad es uno de los factores que crean la inseguridad, y el Estado acaba por fomentar políticas simbólicas de endurecimiento, satisfaciendo momentáneamente las demandas de la sociedad¹⁸⁷.

Sabemos que el Derecho penal experimenta un fenómeno de crecimiento y endurecimiento en los últimos años, muchas veces racional, otras veces irracionales. La Política criminal se distanció del paradigma tradicional, y las

¹⁸⁴ HERZOG, Felix, *Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo*, Perspectivas más allá del Derecho Penal, traducción de Eduardo DEMETRIO CRESPO, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 254.

¹⁸⁵ ROJAS VIA, Benigno, *Alternativas a la pena y a la privación de libertad*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, op. cit., p. 593.

¹⁸⁶ DONINI, Massimo, *La relación entre Derecho Penal y política: método democrático y método científico*, traducción de Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., pp. 88-89.

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., pp. 34-36.

demandas de la opinión pública juegan un papel importante en la formulación de las políticas públicas¹⁸⁸.

Además de la postura expansionista de que ya hemos hablado, hay un movimiento político que se fija especialmente en la ideología de la represión *simbólica* para calmar los ánimos de la sociedad¹⁸⁹. La influencia de los medios de comunicación y de la sociedad alarmada por el delito en las decisiones político-criminales¹⁹⁰ acaban por flexibilizar garantías, con tendencia a la construcción de un Derecho penal simbólico¹⁹¹.

La importancia de los principios y garantías básicas para el Derecho penal ya está más que clara: son limitadores del poder punitivo estatal, ya que ese es de gran violencia para con las libertades de aquel que sufre una condena¹⁹².

Diferente de la base teórica del modelo expansionista, que se basa en la complejidad de la sociedad postmoderna, el populismo punitivo nace de la incapacidad del Estado en tranquilizar la sociedad, que tiene impresión del

¹⁸⁸ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, introducción a la sociología jurídico-penal, traducción de Álvaro BÚNSTER, op. cit., p. 103.

¹⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal*, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena, op. cit., p. 11.

¹⁹⁰ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 87: “Esta confianza en los expertos profesionales se extendía también al proceso de elaboración de las políticas públicas. Las modificaciones en el derecho penal, la creación de nuevas sanciones, la reforma de los regímenes institucionales, la creación de mecanismos de liberación anticipada, todo esto fue, en gran medida, obra de funcionarios públicos de alto rango y asesores expertos bastante alejados del debate público y de los titulares de los medios de comunicación”.

¹⁹¹ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007 p. 76.

¹⁹² HIRSCH, Hans Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal propia en un Estado de Derecho*, en FIGUEIREDO DIAS, Jorge, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ZAFARRONI, Eugenio Raúl (dirección), GUZMÁN DALBORA, José Luis (coordinación), *El penalista liberal*, op. cit., p. 146: “Más allá de ello, en la praxis jurídica hay que velar porque el Derecho penal sea empleado en correspondencia con sus principios fundamentales, humanamente y sin arbitrariedad, pero también porque, dentro de este marco, se aplique con consecuencia, a fin de que víctimas, autores y la población en su conjunto puedan contar con una legalidad absoluta y un funcionamiento en regla de la administración de justicia penal”.

incremento de la violencia, inseguridad, y miedo en las calles¹⁹³. Esa impresión¹⁹⁴ es creada con el aumento de la velocidad de las comunicaciones y otros factores¹⁹⁵, y el ciudadano acaba por ansiar por una Política criminal rígida, punitivista. Diseminase la creencia de que la violencia solo podrá ser contenida por leyes cada vez más severas¹⁹⁶. El delincuente en potencial se debe sentir intimidado por las leyes¹⁹⁷ y el transgresor debe sufrir una inocuización¹⁹⁸.

¹⁹³ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, op. cit., pp. 482-483: “Los hombres y las mujeres evitan la calle. Sin embargo, se pasa por alto que el riesgo de la industria de los medios de comunicación—. La política se sirve de un arma terminológica prodigiosa para no sucumbir ante el reproche de la inactividad: el Derecho penal preventivo. El Derecho penal preventivo es un medio ideal de consolación política, una carta de presentación para demostrar que aparentemente existe una actividad política. Ya ninguna política prescinde de él en su arsenal de recursos”.

¹⁹⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, op. cit., p. 482: “La dramatización de la amenaza de la criminalidad es el pan nuestro de cada día de la actividad informativa. La tesis de que cada tres minutos se registra un delito violento se difunde abiertamente. La estadística criminal de la Policía computó en 1992 aproximadamente 150.000 casos de la denominada criminalidad violenta (fundamentalmente, asesinato, homicidio, violación, robo y lesiones; incluyendo los delitos intentados). Calculando que el año tiene cerca de 500.000 minutos se deduce que cada tres minutos en Alemania se comete un hecho violento”.

¹⁹⁵ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho Penal, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005, p. 16:1 y ss.

¹⁹⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 64-66: “La incubación de estas políticas penales de seguridad, de *tolerancia cero*, como ya he comentado, reside en la crisis del modelo de producción, en el declive del Estado asistencial. Ahora bien, esa involución que satisface los deseos de una hipotética seguridad se acelera en torno al sentimiento popular manipulado de la “*solidaridad del miedo*” frente al terrorismo, las drogas, la delincuencia sexual o la criminalidad organizada. La Política criminal en la posmodernidad se define, por tanto, como política de seguridad interior, como una nueva lógica de seguridad caracterizada por focalizar y construir una imagen simplista de los enemigos a través de los *mass media* y las políticas populistas. Se promueve el desarrollo de un “vocabulario de la inseguridad” que las agencias de control orientan contra fenómenos específicos, contingentes, pero inmediatamente perceptibles por la opinión pública, contra los que se canaliza los sentimientos de inseguridad contribuyendo a ser concebidos como los peligros para el sistema y su estabilidad. Como pronosticaba FOUCAULT, otro aspecto que posibilita el funcionamiento de este nuevo orden interior es la constitución de un consenso que pasa por toda esa serie de controles, coerciones e incitaciones que se realizan a través de los *mass media*, y que va a hacer que el orden social se retroalimente, perpetúe, se autocontrole a través de sus propios agentes. Yo añadiría a ese proceso de legitimación comunicativa el papel decisivo jugado por las tesis formalistas y universalistas que, como veremos, colaboran en la producción de legitimidad de los nuevos modelos del derecho”.

¹⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, op. cit., pp. 116-117.

Así, la expresión “*populismo penal*” es utilizada para designar una específica forma de ejercicio e de expansión del poder punitivo – no es la del Modelo Expansionista que ya tratamos, sino que caracterizada por la instrumentalización de los dramas sociales¹⁹⁹ y orientación claramente intimidatoria y inocuidadora²⁰⁰. No equiparase simplemente al punitivismo, sino

¹⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, op. cit., pp. 20-21: “De este modo surge la Política criminal valorativa, que ha marcado los últimos treinta años. Unos años durante los cuales, sin embargo, se han ido disolviendo sus dos ejes fundamentales: la fe en la resocialización y, también, la convicción acerca de la inmovilidad de las garantías. En cambio, se ha ido asentando una Política criminal “práctica” de orientación intimidatoria e inocuidadora, en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo. Seguramente no es exagerado afirmar que, con ello, la situación del Derecho penal se está haciendo insostenible. Ahora más que nunca debe, pues, hacerse hincapié en la necesidad de orientar la Política criminal a los principios que derivan de la idea de dignidad de la persona”.

¹⁹⁹ FARALDO CABANA, Patricia, *Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, en FARALDO CABANA, Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, op. cit., pp. 338-339: “A mi entender, “la reforma penal propuesta ahonda aún más en una concepción arcaica, vindicativa y expiatoria de la pena de prisión. Profundiza en el desbordamiento de los límites garantistas... ofrece un derecho penal que si por una parte integra una imagen del ser humano cerrado a la sociedad, bloqueado en la condición de criminal peligroso y negado a perspectivas existenciales, por otra, ante su comprobada inadecuación para evitar la delincuencia y aún menos para resolver los problemas generales de la sociedad, se usa como vía de comunicación con los ciudadanos fieles para reforzar la confianza institucional sustituyendo su naturaleza democrática por su instrumentalización como técnica publicitaria entre los políticos y su público, como un instrumento que deforma su sentido y con el que el Estado busca lealtades, silencios, por las dificultades y problemas de gobernabilidad, tanto ante específicos problemas concretos, más o menos coyunturales, como ante profundos desajustes estructurales”.

²⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 91-92: “El término “inocuidación” del delincuente nos suena a antiguo. Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hace que no se encuentren apenas referencias al mismo en los textos que dan cuenta de la discusión continental europea al respecto. Ello, con independencia de la existencia, en mayor o menor medida, de instituciones como, por ejemplo, la “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*) alemana, orientadas básicamente, aunque no exclusivamente (pues la dimensión resocializadora nunca se excluye de tales consecuencias jurídicas), a la inocuidación de delincuentes habituales. Frente a ello, debe reconocerse, sin embargo, que la inocuidación (*incapacitation*) nunca estuvo fuera de la discusión norteamericana en relación con los fines de la pena. Muy al contrario, al tratarse allí de un debate en el que la ponderación de costes y beneficios económicos ha desempeñado siempre un papel relevante, también ha subsistido la disposición a considerar argumentos que justificaran la utilidad de la inocuidación de determinados grupos de delincuentes. En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes *three strikes*; el otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuidación selectiva (*selective incapacitation*)”.

que es un “*hiperpunitivismo simbólico*”, pasando la idea de una solución simples a un problema extremadamente complejo²⁰¹.

La legislación moderna, así, acaba por valerse de instrumentos jurídico-penales en *prima ratio*, cuando no en *sola ratio*, contrariando el principio de la *ultima ratio* del Derecho penal²⁰². Es que la implementación de mecanismos penales es mucho más barata y tiene un efecto mucho más claro para la opinión pública que no es especializada en la materia jurídica, provocando un sentimiento de confianza en el funcionamiento del ordenamiento jurídico²⁰³.

Resumidamente, son algunos rasgos del populismo punitivo²⁰⁴: a) que todos los males de la inseguridad pueden ser resueltos con leyes más duras²⁰⁵; b) El análisis técnico en la producción normativa deja de ser fundamentada para dar lugar a la total improvisación²⁰⁶; c) flexibilización y relativización de los derechos y garantías fundamentales²⁰⁷; d) cambio de lógica en el discurso para

²⁰¹ VARONA GÓMEZ, Daniel, Medios de comunicación y punitivismo, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1, Barcelona, 2011.

²⁰² ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 35: “Incluso, podría decirse que la Política criminal moderna eficientista que se está presentando en los últimos años en los países europeos postindustrializados de adelantamiento de la intervención penal (*Vorfeldkriminalisierung*), en la que se ha ampliado el espectro de lo penalmente relevante, es hasta cierto punto autoritaria porque desconoce límites fundamentales de la intervención penal, convirtiendo a la sanción penal en instrumento en manos del Estado como *prima ratio*”.

²⁰³ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., pp. 252-253.

²⁰⁴ NATALINO, Marco Antônio Carvalho, *O discurso do telejornalismo de referência: Criminalidade violenta e controle punitivo*, Ibccrim, São Paulo, 2007, pp. 23-24.

²⁰⁵ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, op. cit., p. 133: “Desde hace varias décadas, el estandarte de la política interior y criminal está en la ampliación de la punibilidad, el endurecimiento de las sanciones, la multiplicación de las medidas de investigación y de los instrumentos de intervención. Son la respuesta al miedo al riesgo y las necesidades de control de una sociedad que ha perdido una orientación segura en la modernidad globalizada, y que estima anticuada, incluso peligrosa la restricción de los controles estatales”.

²⁰⁶ FIERRO, Guillermo J., *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, en Teorías actuales en el Derecho Penal*, op. cit., pp. 622-623.

²⁰⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, introducción a la sociología jurídico-penal, traducción de Álvaro BÚNSTER, op. cit., p. 239: “La función natural del sistema penal es conservar y reproducir la realidad social existente. Una política de transformación de esta realidad, una estrategia alternativa basada en la afirmación de valores y de garantías constitucionales, un proyecto político alternativo y autónomo de los sectores populares, no puede sin embargo considerar el derecho penal como un frente avanzado,

una lógica polarizada sobre conflictos, y crítica y desconstrucción de los discursos disonantes, de cuño tradicional, tanto en el universo académico como en el doctrinario^{208/209}; e) utiliza el miedo como discurso para mantener el terror al delito como pauta social²¹⁰; f) inobservancia de los principios limitadores del Derecho penal²¹¹; g) sumisión al clamor creado de los medios de comunicación²¹².

No se puede culpar la sociedad común, que no posee la técnica especializada en las disciplinas jurídicas por el fenómeno: es natural que munida de informaciones sensacionalistas, tengan sentimiento de venganza – eso es algo absolutamente normal del ser humano²¹³.

Es legítimo que víctimas y sus familiares pasen a tener carácter reivindicativo. Lo que es grave es el Estado utilizarse de ese sentimiento para conducir una Política criminal desvinculada de los fundamentos teóricos técnicos necesarios²¹⁴.

como un instrumento propulsor. Por el contrario, el derecho penal queda en un triple sentido reducido a una actitud de defensa”.

²⁰⁸ BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal*: una discusión la la perspectiva de la criminología crítica, traducción de Mauricio MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena, op. cit., pp. 39-40.

²⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 81: “El primero pondría de relieve que el descrédito de los expertos ha pasado de las palabras a los hechos: al inicial distanciamiento o incomprensión hacia sus propuestas o modo de proceder, ha sucedido u n a activa política encaminada a privarles del margen de discrecionalidad que, debido a su pericia, gozaban en s u correspondiente ámbito decisonal”.

²¹⁰ NATALINO, Marco Antônio Carvalho, *O discurso do telejornalismo de referência*: Criminalidade violenta e controle punitivo, op. cit., pp. 65-66.

²¹¹ BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal*: una discusión la la perspectiva de la criminología crítica, traducción de Mauricio MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena, op. cit., p. 55.

²¹² NATALINO, Marco Antônio Carvalho, *O discurso do telejornalismo de referência*: Criminalidade violenta e controle punitivo, op. cit., pp. 67-68.

²¹³ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 239.

²¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 77-78.

El miedo de ser víctima y la falta de confianza en la capacidad de los poderes públicos en resolver el problema, hace con que las personas exijan una respuesta del Estado, y esa respuesta debería ser una Política criminal de prevención a la criminalidad²¹⁵. Pero, los agentes que representan el Estado, buscando fines electorales, acaban por engendrar una Política simbólica, que les dará destaque, así crean leyes penales endurecidas, con carácter simbólico – lo que no resuelve el problema de la criminalidad²¹⁶.

Podemos considerar el populismo punitivo un modelo sin cualquier estudio científico o de caso, sin análisis de factores del crimen o del criminoso, sin estrategias, sin eficacia, y especialmente sin intermediarios técnicos. La norma penal deja de representar el poder coercitivo estatal direccionado a la igualdad de todos los miembros del grupo social, a partir de una voluntad soberana – pasase a obedecer otros intereses, populistas y sin fundamentación técnica, dejando la legislación de tener el efectivo resultado que se espera²¹⁷. Se pierde el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal²¹⁸, para servir como instrumento político de seguridad emergencial²¹⁹.

²¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 73-75.

²¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 76: “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 delincuencia”. Véase también el comentario del autor (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”*”.

²¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 80: “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”.

²¹⁸ PRITTWITZ, Cornelius, *El Derecho Penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?*, Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho

El discurso de “emergencia” no es nuevo en la legitimación del poder punitivo²²⁰, y en ese caso, a él se agrega el “defensismo”, la idea de nueva defensa social, aplicada aquí de una forma conceptual reducida²²¹., renunciándose a preceptos fundamentales y a cualquier doctrina que pueda legitimarlo, en una característica típica de Estados autoritarios²²².

Las normas elaboradas a partir de esos discursos integran el llamado “Derecho penal simbólico”^{223/224}, que objetiva la demostración de especial importancia a aspectos de la comunicación del simbolismo de la Ley, dando a la

penal, traducción de María Teresa CASTIÑERA PALOU, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, op. cit., p. 425 y ss.

²¹⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 126: “Es más, en nuestros días, la guerra justa adquiere el perfil de guerra preventiva en defensa de los criterios "morales" del sistema neoliberal, esto es, se legitima la guerra siempre que exista la intuición de un peligro para aquellos principios. Se empareja así la amenaza de agresión con la agresión misma, justificándose tanto la guerra defensiva como la preventiva contra los que representan un riesgo de alteración de los intereses de Occidente”.

²²⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 143.

²²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 19-20.

²²² NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, ‘Reconfiguración’ del sistema de fuentes del Derecho penal y ‘amenaza de crisis’ del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización, en FARALDO CABANA, Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, op. cit., p. 161: “Un modelo maximalista de derecho penal se identifica con un sistema de control propio de un estado autoritario o totalitario y siempre incompatible con un Estado democrático de Derecho. El derecho penal máximo «es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre e imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación»”.

²²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, op. cit., p. 14: “En el contexto del derecho penal la necesidad de reorientar nuestra atención hacia la legislación es especialmente urgente: Ante todo porque, como he tenido ocasión de describir en otros lugares, la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción por el código penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos”.

²²⁴ HIRSCH, Hans Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal propia en un Estado de Derecho*, en FIGUEIREDO DIAS, Jorge, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ZAFARRONI, Eugenio Raúl (dirección), GUZMÁN DALBORA, José Luis (coordinación), *El penalista liberal*, op. cit., p. 133.

sociedad la impresión “tranquilizadora” de que determinada conducta es prohibida e infringe las normas de la convivencia pacífica de la sociedad, sufriendo sanción²²⁵.

El Derecho penal siempre tendrá funciones simbólicas^{226/227}, pero dentro de todo su instrumental dogmático y de presupuestos generales²²⁸ – lo que criticamos es que funcione de manera únicamente simbólica, pues así carece de capacidad de prestar de manera eficaz a la sociedad y a los individuos la efectiva seguridad frente a los riesgos de la delincuencia²²⁹.

El Derecho penal, a través de ese modelo de Política criminal, deja de cumplir la función de garantizar la *estabilidad de la norma jurídica*, pues produce normas desproporcionales, incoherentes, excepcionales y confrontantes entre

²²⁵ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, ¿El Derecho penal garantista en retirada?, *Revista Penal*, n. 21, enero 2008, pp. 148 y ss., p. 154 y p. 163.

²²⁶ COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, op. cit., p. 09 y ss.

²²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit. p. 142 y ss.

²²⁸ MAÑALICH R., Juan Pablo, *Pena y ciudadanía*, en KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2011, pp. 131-132.

²²⁹ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Un modelo dinámico de legislación penal*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., pp. 291-292: “En el contexto del derecho penal la necesidad de reorientar nuestra atención hacia la legislación es especialmente urgente: Ante todo porque, como he tenido ocasión de describir en otros lugares, la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción por el Código penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, por la intensa implicación de la ciudadanía, directamente o mediante los medios de comunicación, en los debates sobre la configuración de la mayor parte de las leyes penales: Sin ignorar la positiva consecuencia de reforzamiento de la sociedad democrática que ese fenómeno posee, trasluce igualmente una progresiva desconfianza de la opinión pública y la sociedad en general en los cuerpos expertos de la justicia; tendremos ocasión de ver la trascendencia que ello posee. En tercer lugar, por qué no decirlo, más de cien años de rigurosa profundización en los parámetros que deben regir la exigencia de responsabilidad penal ante los tribunales han permitido alcanzar el nivel del escolasticismo, esto es, aquel en el que los nuevos y a veces refinados progresos conceptuales no rinden una mínima utilidad en la aplicación judicial; en desconcertante contraposición, el campo de la creación de las leyes que luego se han de interpretar se ha permitido que quedara en manos de la improvisación y el oportunismo social y político”.

sí²³⁰. Se pierde la eficacia del Sistema normativo penal, y consecuentemente también se pierde su credibilidad y fuerza²³¹. Acaba por provocar un efecto “sedativo” y una falsa sensación de tranquilidad²³².

Así las cosas, la Política criminal acaba teniendo una orientación intimidatoria y con vistas a la inocuización²³³ en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo²³⁴. Cuando posee fundamentación teórica – lo que es raro, en se tratando de las matrices populistas – justificase en la Política criminal de los Estados Unidos y Inglaterra, a partir de la década de los 70 del siglo pasado, en los modelos de recrudescimiento penal (especialmente cuando de

²³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Un modelo dinámico de legislación penal*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., pp. 298-299.

²³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Un modelo dinámico de legislación penal*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., pp. 308-309: “La evolución acabada de señalar hacia una progresiva pérdida de la influencia experta en la fase prelegislativa constituye un serio retroceso frente a toda propuesta encaminada a incrementar la racionalidad de los procesos de decisión legislativos. Sin duda pecaríamos de ingenuidad si pasáramos por alto la parcialidad de la que suelen adolecer los análisis de los grupos de presión expertos, pero tales grupos aceptan desenvolverse en el marco de los criterios de racionalidad socialmente vigentes, con las limitaciones en la defensa de sus intereses que ello conlleva y los controles externos a los que aquellos dan pie. Tampoco deberíamos olvidar el notable grado de imaginaria social que suele condicionar la delimitación del problema social en las etapas inmediatamente precedentes a aquella en la que intervienen los grupos de presión expertos, y que condiciona su trabajo. Pero hay notables diferencias entre esto último y los dos fenómenos analizados en los párrafos precedentes: la conversión de la opinión pública o de la plebe en agentes creadores de programas sociales se hace directamente a costa de renunciar implícita —opinión pública— o explícitamente —plebe— a ulteriores niveles de racionalidad, de restringir el espectro de actores sociales intervinientes en la consecución de la racionalidad legislativa, con el añadido de otorgar en menor o mayor medida un protagonismo exagerado a alguno de ellos, y de bloquear directamente, en el caso de la plebe representada por grupos de víctimas, el acceso a contenidos racionales en cuanto no se satisfagan ciertas condiciones emocionales”.

²³² REGIS PRADO, Luiz, *La tutela del patrimonio genético en el Derecho Penal brasileño*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 1474.

²³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit.

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 142-143.

los gobiernos de Margaret THATCHER y Ronald REAGAN^{235/236})²³⁷: la llamada política de seguridad “Ley y Orden”²³⁸ (o *Law and Order*), que hizo resucitar la *Broken Windows Theory* (Teoría de las ventanas rotas)²³⁹, idealizada por algunos intelectuales, especialmente estadounidenses, “neoconservadores”²⁴⁰, base de la política llamada de “Tolerancia Cero”^{241/242}.

²³⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 137.

²³⁶ MALAMUD GOTI, Jaime, *Poder desarticulante y los discursos de emergencia*: El caso de la guerra contra las drogas, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, op. cit., p. 652: “La “guerra contra las drogas” presenta una considerable similitud. Desde que Nancy Reagan encabezó simbólicamente la campaña del *Zero Tolerance* (“tolerancia cero”) muchas prácticas y situaciones sociales consideradas aberrantes pasaron a ser explicadas a partir del consumo de drogas. Las siguientes afirmaciones constituyen un ejemplo de estas ideas ofrecidas por líderes de la “guerra”: el coqueo causa la debilidad mental; la marihuana causa homosexualidad; todos los adictos a las drogas son “inherentemente peligrosos” y, por lo tanto, ellos no son acreedores a la “fianza razonable” en juicios criminales en los Estados Unidos. Es evidente que, quienes se apartan de un modelo de virtud: ciudadano “occidental y cristiano” en la guerra sucia y adverso a todas las drogas (en toda ocasión: incluyendo las situaciones terapéuticas) merecen un castigo criminal”.

²³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, op. cit., p. 53: “Tan importante como la decadencia de las garantías formales es el ocaso, también perceptible, de las garantías materiales del derecho penal (así, la proporcionalidad o la culpabilidad). A título de ejemplo, convendría aludir aquí al deslizamiento autoritario que en Estados Unidos sufre la doctrina de la “*just deserts theory*”. La moderna Política criminal norteamericana ha ido así intensificando progresivamente sus rasgos represivos, en forma que nos reflejan fielmente algunas expresiones reproducidas en los medios de comunicación: máximas como la de “*three strikes, you're out*”, denotadora de la actitud ante la reincidencia, o la de “*lock them up, throw the key away*”, sobre el sentido del tratamiento penitenciario, eximen de ulteriores comentarios. Todo ello, sin embargo, no es exclusivo de la Política criminal de allende el Atlántico”.

²³⁸ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 135: “Los medios de comunicación no sólo son responsables de una visión desdibujada de la criminalidad, sino que al magnificar los delitos cometidos, aumentan las demandas de la ciudadanía, azuzándolas en su demanda de mayor represión. Son los verdaderos responsables de campañas de ley y orden desatadas de vez en cuando, en las que se magnifica la inseguridad ciudadana”.

²³⁹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 305: “Estas nuevas criminologías le dan también mucha más importancia a la capacidad de la policía para reducir el delito. En la nueva criminología del control, la policía juega un papel mucho más central y las intervenciones sociales y psicológicas pasan a un segundo plano. Se cree que la policía es capaz de reducir el delito de diversas maneras, entre ellas la disuasión, la prevención, la construcción de asociaciones y el control policial agresivo. En definitiva, las estrategias contemporáneas de actividad policial más conocidas -los enfoques de las «ventanas rotas» y de la «tolerancia cero»- implican una inversión completa de los viejos supuestos criminológicos. En la criminología actual los delitos menores importan, los controles situacionales moldean los comportamientos y las penalidades disuasivas son un recurso central para el control del delito. Todo esto es la base común de las criminologías de la vida cotidiana y de la más punitiva criminología del otro”.

²⁴⁰ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 173: “El neoconservadurismo introdujo en la cultura política una preocupación llamativamente antimoderna por los temas de la tradición, el orden, la jerarquía y

El movimiento “*Law and Order*” tiene origen en la propia intolerancia y en objetivo de control de la criminalidad, comprendiendo la delincuencia como un mal que debe ser combatido, y no como un fenómeno existente en todas las sociedades. Se cree que la delincuencia es fruto de la falta de represión del sistema. Como resultado, hay unas políticas de endurecimiento punitivo, como la criminalización constante de conductas, mayor gravedad de las penas y de los regímenes de cumplimiento, ampliación de las prisiones provisionales e inhibición de beneficios para cumplimiento de las sanciones penales, contraponiendo la anterior Política criminal *welfarista*, del llamado Estado del bienestar²⁴³.

la autoridad. Estos temas fueron abordados de modo más claro por la derecha religiosa estadounidense, que se desarrolló como una fuerza política desde mediados de los años setenta en adelante. Pero también fueron presentados con gran énfasis e influencia por intelectuales norteamericanos «neoconservadores» como Irving Kristol, Gertrude Himmelfarb, Charles Murray y James Q. Wilson, así como por sus equivalentes británicos Roger Scruton, Digby Anderson, Norman Dennis y Sir Keith Joseph. Este tipo de conservadurismo moral se oponía implacablemente a la cultural liberal de los años sesenta y a los temas democratizadores, liberadores, de la «era permisiva», a los que se culpaba por todos los males económicos y sociales de las décadas siguientes. En los años ochenta, las demandas de «volver a los principios», restaurar los «valores familiares» y reafirmar la «responsabilidad individual» se habían vuelto temas familiares en ambos lados del Atlántico. Lo mismo sucedía con las reclamaciones de mayor disciplina en la escuela y en la familia, terminar con las «licencias libertinas» en el arte y la cultura, condenar la nueva moralidad sexual y retornar, en general, a una sociedad más ordenada, más disciplinada, más estrictamente controlada”.

²⁴¹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 48-49: “Otra ruptura significativa con las prácticas del pasado es que la Política criminal ha dejado de ser un asunto bipartidista que puede delegarse en expertos profesionales y se ha convertido en un asunto medular en la competencia electoral. Actualmente todas las cuestiones del control del delito están rodeadas por un discurso altamente politizado, de modo que cada decisión se adopta con gran publicidad y en el marco de la lucha política y cada error se convierte en un escándalo. El proceso de generación de las políticas públicas se ha vuelto profundamente politizado y populista. Las medidas de política pública se construyen de una manera que parece valorar, sobre todo, el beneficio político y la reacción de la opinión pública por encima del punto de vista de los expertos y las evidencias de las investigaciones. Los grupos profesionales que en un tiempo dominaban el proceso de toma de decisiones son crecientemente desplazados, mientras la política pública pasa a ser formulada por grupos de acción política y asesores políticos. Las nuevas iniciativas se anuncian en contextos políticos -la convención partidaria en Estados Unidos, la conferencia partidaria en Gran Bretaña, la entrevista televisada- y se las encapsula en frases altisonantes: «La prisión funciona», «Tres *strikes* [golpes] y estás fuera», «La verdad en la condena», «Prisiones sin lujos», «Condenas adultas para delitos adultos», «Tolerancia cero», «Duro con el delito, duro con las causas del delito»”.

²⁴² Eso será tratado más detalladamente en el capítulo siguiente, especialmente en el apartado sobre el recrudescimiento de la Política criminal populista de los países anglosajones.

²⁴³ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 311.

Su discurso se vuelve en contra los derechos y garantías individuales²⁴⁴, con alegación de que esas garantías impiden el Estrado de “acabar” con la delincuencia²⁴⁵, ya que no permitirían el ejercicio pleno del Estado de su papel represor. El delincuente es considerado, indiscriminadamente, un mal social que precisa ser excluido de la sociedad²⁴⁶.

La defensa social, fundamentada en la visión de la Escuela Positiva italiana, se basa en la noción de que la sociedad, a través del Estado, está determinada a reaccionar en defensa de su propia conservación contra ataques a sus condiciones normales de existencia – la pena sería instrumento eficaz al servicio del bienestar social²⁴⁷.

El formulador principal de la defensa social fue Marc ANCEL, y las nociones de intervencionismo estatal e importancia del Estado, asociado a las ideas de delincuencia de la Escuela Positiva, desarrollaron la idea de reacción penal centrada en el delincuente. El pensamiento de la defensa social está centrado en la peligrosidad social, fundamentando no apenas una Política

²⁴⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 12:5.

²⁴⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 72: “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, creíble”.

²⁴⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 75.

²⁴⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, op. cit., pp. 403-404: “El positivismo criminológico antepone la eficaz defensa de la sociedad al garantismo individualista de la Escuela Clásica, los derechos de los ciudadanos «honrados» a los de los «delincuentes», la función protectora de la pena a la función retributiva o incluso a la disuasoria y a la reformadora. La pena es «defensa social», instrumento eficaz al servicio del bienestar social. Se desconfía de la eficacia de la prevención general, aspirándose, fundamentalmente, a una adecuada prevención especial: procurando que el criminal no reincida, a través de un sistema de medidas y tratamientos de readaptación acordes con las características individuales de cada delincuente concreto. Por ello, las garantías legales ceden al arbitrio judicial y penitenciario (principio de la individualización de la pena y de la sentencia indeterminada). Las formulaciones más extremas del positivismo renuncian, incluso al *nullum crimen, nulla poena sine lege* y sugieren una radical desjuridización de la función penal, que pasaría de las manos del juez a «la de médicos, antropólogos, sociólogos, psicólogos, etc”.

criminal represiva, sino que dirigida a considerar la pena como medio de defensa de la sociedad²⁴⁸.

La Política criminal populista – o “populismo punitivo” – mezcla y subvierte algunos conceptos de esas doctrinas y escuelas, basándose en la defensa social, en el expansionismo irracional, y hasta en teorías criminológicas, como el *labelling approach*, o etiquetamiento – que se fundamenta en la alegación de que no se puede definir lo que conduce alguien a la criminalidad, partiendo de la evaluación de los propios delincuentes, que serían resultado de un sistema selectivo²⁴⁹. Todo eso crea una Política criminal alejada de la verdadera noción de realidad racional.

Esa mezcla de conceptos orientados únicamente a dar una relativa tranquilidad a la opinión pública resulta en un modelo intolerante y de exclusiva defensa social, fuera de las propuestas político-criminales del Estado Democrático de Derecho²⁵⁰. Y eso no pasa solamente en el ámbito legislativo, sino que también en el ámbito judicial²⁵¹.

Véase, por ejemplo, la contradicción que está ocurriendo en Brasil: ese país tiene la cuarta mayor población carcelaria del mundo, estando atrás apenas de Estados Unidos, Rusia y China²⁵². Pero, en Brasil, uno cuarenta por ciento de

²⁴⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, op. cit., p. 471 y ss.

²⁴⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, op. cit., p. 873 y ss.

²⁵⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., pp. 52-53.

²⁵¹ SOTO NAVARRO, Susana, La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-09, 2005, pp. 09:14 – 09:15: “Las actuaciones policiales y judiciales que rodean los sucesos son, con mucha frecuencia, objeto de un minucioso seguimiento por parte de la prensa. Abundan así los relatos sobre el decurso de las investigaciones policiales, la detención del presunto infractor, celebración del juicio, sentido de la sentencia (inclusive sentencias dictadas en segunda instancia, algunos o muchos años después de ocurrir los hechos) encarcelamiento y puesta en libertad. De este modo, el hecho delictivo, a fuerza de insistencia, entra en la agenda individual, necesariamente reducida, de temas a los que prestamos atención”.

²⁵² <http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/rebelioes-mostram-ineficiencia-sistema-dizem-criminalistas>: “Entre os fatores que corroboram essa falência institucional estão o jogo de

esa población carcelaria es compuesta por presos provisorios²⁵³, a pesar de haber en el país posibilidades de medidas cautelares distintas de la prisión²⁵⁴. Asimismo, el Supremo Tribunal Federal de Brasil²⁵⁵, en 2016, determinó (en una interpretación, para decir el mínimo, que no está conforme la Constitución de ese país), que los condenados en segunda instancia deberían iniciar el cumplimiento de la pena de prisión – anterior, por tanto, a una decisión irrecurrible y final²⁵⁶.

Esa decisión tuvo fuerte apelo popular, ya que el país vive un momento de grandes escándalos de corrupción en todos los niveles del Estado. Algunos meses después de esa decisión, empezaron (en el primer día del año de 2017), distintas rebeliones en cárceles, especialmente en la región Norte y Nordeste del país, que están ampliamente controladas facciones criminosas, lo que pudo llamar la atención para la hiperlotação de las prisiones de Brasil²⁵⁷.

Nos parece absolutamente contradictorio que, al mismo tiempo que se discuta la ausencia de vagas en los establecimientos correccionales, que están en situación de completo caos y controladas por organizaciones criminales, el gobierno (ejecutivo y legislativo) clamen por un “*programa de seguridad pública*”, y el judicial interprete la Constitución en disonancia al principio de la

repassar a responsabilidade, disputado por autoridades federais e estaduais, a superlotação das unidades prisionais e a falta de controle sobre o que entra nas penitenciárias (armas, drogas e celulares). Dados de 2016 do Conselho Nacional de Justiça apontam que o Brasil tem 622 mil presos, sendo a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas da Rússia, da China e dos Estados Unidos” c. en 30/01/2017.

²⁵³ <http://www.conjur.com.br/2017-jan-15/folha-spaulo-pais-debater-legalizacao-drogas>: “Segundo essas informações, havia 622 mil detentos onde cabiam 372 mil, e o índice de presos provisórios (sem condenação definitiva) ficava em torno de 40% do total, ou quase 250 mil pessoas.

Dedicar-se a resolver os casos pendentes é o mínimo que os magistrados podem fazer para diminuir a injustiça dentro das prisões. Tal compromisso, contudo, deveria ser permanente, e não uma resposta pontual a uma crise midiática.” c. en 30/01/2017.

²⁵⁴ v. CPP, Código Processual Penal brasileiro, art. 319 y ss.

²⁵⁵ El Supremo Tribunal Federal de Brasil corresponde al Tribunal Constitucional español, y tiene competencia para decidir los temas que dicen respecto a la Constitución brasileña.

²⁵⁶ <http://www.conjur.com.br/2016-out-05/stf-volta-autorizar-prisao-antecipada-antes-fim-processo>. c. en 30/01/2017.

²⁵⁷ <http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/rebeliao-presidio-manaus-termina-60-mortos>. c. en 30/01/2017.

presunción de inocencia. Tratase de una Política criminal para agradar la opinión pública, sin preocupación con la resolución real del problema, sin base teórica y mal fundamentada.

Trataremos en los próximos capítulos de detallar más esa subversión de la Política criminal del Estado. Pero ya nos parece importante adelantar que utilizarse del populismo punitivo nos parece un error para orientar la seguridad ciudadana e los verdaderos efectos del fenómeno criminal en la sociedad.

D) Derecho penal del enemigo

La discusión fomentada respecto la teoría formulada por Günther JAKOBS, en los años 80 es una de las más interesantes en el Sistema penal actual. Pero, el debate se muestra muchas veces con muchísima parcialidad y sin el apoyo teórico debido, pues el concepto es estigmatizado por proposiciones preconcebidas sobre el Derecho penal del enemigo²⁵⁸, creando una situación desfavorable para las construcciones racionales que pueden ser comprendidas a partir de ahí²⁵⁹.

Infelizmente, aunque sea una discusión extremadamente interesante, no nos alargaremos mucho, pues nuestro objetivo aquí es simplemente dar una noción básica del tema para fines de comprensión como modelo político-criminal. Hay que advertirse que, a nuestro comprender, no se trata de un modelo

²⁵⁸ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en, JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal*, expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo, edición de Miguel POLAINO-ORTS, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014, p. 77 “La discusión en torno al tema ‘Derecho penal del enemigo’ se ha desarrollado de manera intensa, pero también en amplias partes (por no decir en todas) en cierto modo con una absoluta ausencia de apoyo teórico”.

²⁵⁹ MIR PUIG, Santiago, *Contexto internacional y español de la contrarreforma del Derecho Penal español*, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador), *Política criminal y reforma penal*, IB de F, Buenos Aires, 2007, p. 18;

propositivo²⁶⁰. La verdad es que, mucho más que simplemente un modelo, la concepción es una constatación, tratando de reglas de atribución de responsabilidades, sin muchas pretensiones político-criminales²⁶¹.

La orientación funcionalista, basada en la Sociología germánica, especialmente en la doctrina de Niklas LUHMANN y su teoría sistémica, busca inspiración en los mecanismos de interacción social para tratar del Derecho penal²⁶². Se cuestiona el propio concepto de bien jurídico, considerando el Derecho penal como mecanismo de protección de normas – por entender que los bienes se convierten en jurídicos en el momento de esa protección normativa es efectivada²⁶³.

La idea de Derecho penal del enemigo fue puesta de propósito de forma polémica por JAKOBS, claramente con intuito de provocar una real reflexión²⁶⁴,

²⁶⁰ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 83-84 “Hasta aquí la descripción. La cuestión que ahora se plantea es, naturalmente, qué es lo que hay que hacer en el plano teórico-sistemático con esa realidad constatada. ¿Hay que detenerse en esa constatación? ¿Hay que intentar limitarlo en la medida de lo posible, quizás «domándolo» al introducirlo en el ordenamiento jurídico-penal? En resumen: ¿es ilegítimo? Dicho de otro modo: no está claro si se trata de un concepto meramente descriptivo o afirmativo. Antes de intentar dar respuesta a esa cuestión, parece necesario, sin embargo, llevar a cabo algunas consideraciones acerca del contenido del concepto de Derecho penal del enemigo.

Desde la perspectiva aquí adoptada, ambas concepciones antes esbozadas son correctas en cuanto elementos de una descripción”.

²⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 36.

²⁶² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal*, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coordinador), *Mutaciones de Leviatán*, legitimación de nuevos modelos penales, op. cit., pp. 57-58.

²⁶³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, op. cit., pp. 105-106.

²⁶⁴ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, El Derecho Penal del Enemigo y otras clarividencias, Editora Jurídica, Quito, 2014, p. 67: “JAKOBS dice que exclusivamente quiere ser polémico para que el mundo reflexione, por lo que alega que sus declaraciones deben ser tomadas como descriptivas hasta en un noventa y ocho por ciento. Él solo juega el papel de traer las malas noticias. ¿Está claro? Lo pregunto porque hay tantos magníficos autores que al parecer no lo comprenden”.

pero es poco comprendida, y muy criticada²⁶⁵, lo que dificulta ponderaciones sobre sus ideas²⁶⁶. La verdad es que JAKOBS utilizó el nombre “*enemigo*” de manera provocativa, y logró lo que quería: llamar la atención para el tema. Es una lástima que muchos lo critican sin comprender correctamente sus constataciones²⁶⁷.

La punición proyecta el futuro, llevando en cuenta el riesgo potencial del delincuente para la sociedad, funcionando como medida de seguridad y como instrumento de eliminación del peligro²⁶⁸, y el enemigo es aquél que abandona el Derecho de modo duradero, sin ser incidental, y que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva²⁶⁹.

El enemigo deja de gozar de algunos derechos, ya que se aleja de los preceptos establecido por el pacto social, dejando de ser considerado sujeto procesual de derechos – desde que la norma goce de una base cognitiva²⁷⁰. La función primordial del Derecho penal sería la confirmación de la confianza en la

²⁶⁵ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, op. cit., p. 64.

²⁶⁶ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en, JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal*, op. cit., p. 77.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, op. cit., pp. 103-104: “JAKOBS no crea, no inventa, no modifica, no propone, no induce, sino que simplemente valora, describe y designa a la realidad un nombre: Derecho Penal del Enemigo. Aseverar lo contrario sería como atribuirle a un historiador la creación y existencia de las guerras, únicamente por haberlas descrito en una de sus obras, o como decir que LOPE DE VEGA inventó el asesinato por haberlo descrito en Fuente Ovejuna. Una institución universalmente tipificada del Derecho Penal del Enemigo es, por poner un ejemplo, la apología del delito y no es que exista sólo porque JAKOBS la describa.

A JAKOBS le debemos la denominación ‘Derecho Penal del Enemigo, pero no la creación de las normas destinadas para enemigos. Más que un Derecho Penal del Enemigo – dice POLAINO-ORTS – existen normas concretas encuadrables en el fenómeno denominado Derecho Penal del Enemigo”.

²⁶⁸ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, El Derecho Penal del Enemigo y otras clarividencias, Editora Jurídica, Quito, 2014, p. 59.

²⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., p. 164.

²⁷⁰ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 2003, pp. 53-54.

vigencia de la norma²⁷¹, proteger la seguridad cognitiva²⁷² – el aseguramiento de las expectativas esenciales frente a sus defraudaciones, tutelando los bienes jurídicos de manera indirecta^{273/274}.

La supresión o relativización de las garantías²⁷⁵ es determinante para la manutención del orden social²⁷⁶. Tratase de una hetero-administración²⁷⁷ de sus

²⁷¹ JAKOBS, Günther, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 76-77: “A esta ratificación pueden vincularse consecuencias psico-sociales de diversa índole, y, a alguna de estas consecuencias no se puede renunciar en la práctica si es que se quiere que la sociedad siga existiendo – por ejemplo al hecho de que la motivación de fidelidad al Derecho sea tenido en gran parte como algo obvio –; pero tales consecuencias no pertenecen al concepto de pena, de la misma manera que su contrario – una desorientación psico-social, una lamentación general – tampoco pertenece al concepto de hecho punible. El hecho punible consiste en la defraudación de expectativas en sí misma, dicho de forma tradicional, en el quebrantamiento de la norma y no ya en las consecuencias psico-sociales de este quebrantamiento. Por consiguiente, al concepto de pena pertenece la ratificación de la existencia de la norma, esto es, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia; no menos..., pero tampoco más.

La pena tiene pues una función sin que tenga que producir algo psico-socialmente. Incluso cuando a un hecho y a su punición les siga inmediatamente el siguiente hecho, la pena ha cumplido su función, en tanto en cuanto el siguiente hecho sea precisamente eso, el siguiente hecho, esto es, defraudación por su parte no ya de alguna expectativa privada, sino de una expectativa que todavía forma parte de la configuración social”.

²⁷² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 247: “Proteger la seguridad cognitiva se convierte en la finalidad principal del Derecho penal del enemigo, esto es, la conservación del ordenamiento de las personas frente a todo lo que provoca un grave trastorno interno social, por lo que serán eliminadas aquellas condiciones ambientales que no ofrecen las garantías cognitivas mínimas y que impiden en la práctica comportarse como personas”.

²⁷³ GIL GIL, Alicia, *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 10.

²⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., pp. 110-111.

²⁷⁵ JAKOBS, Günther, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, traducción de Teresa MANSO PORTO, en JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, op. cit., p. 44: “Con este lenguaje —adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales—, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quiénes son considerados como enemigos”.

²⁷⁶ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 79-82.

²⁷⁷ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del*

derechos por el Estado, que efectivamente se interesa que ese delincuente vuelva a administrar esos derechos de manera correcta y vuelva a la condición de ciudadano²⁷⁸.

En otras palabras: al Estado interesa que el enemigo cumpla las expectativas normativas, volviendo a su condición de miembro de la sociedad y conforme el Derecho²⁷⁹ – por tanto, no son justas las críticas que dicen no ser orientado el modelo del Derecho penal del enemigo a la resocialización²⁸⁰.

Derecho Penal, op. cit., pp. 100-101: El Derecho se halla vinculado con la facultad para coaccionar; la coacción (no asistencial) es, conceptualmente, heteroadministración, esto es: despersonalización. El Derecho se vincula, por consiguiente, con la facultad para coaccionar, en último extremo para despersonalizar. Esta despersonalización, por su parte, se vincula en los casos fundamentales – penal, ejecución penal forzosa, desintoxicación – con la expectativa de que al término de la coacción jurídica se ofrecería de nuevo una relación personal en todos los sentidos. Esta expectativa de una personalidad ilimitada por parte de todos ha de estar cognitivamente cimentada si pretende realmente orientar la comunicación social. Si faltase esta cimentación cognitiva, entonces la seguridad debe ser reinstaurada coactivamente. A eso le llamo yo: el ‘cantonista imprevisible’ es tratado como enemigo. Una sociedad que no se encuentre en situación – para repetir una expresión frecuentemente criticada – neutralizar a sus enemigos se va a pique; si no se va a pique entonces se pone de manifiesto que aún se halla en situación de neutralizar a tales sujetos (aunque, por vergüenza o por pudor, se le llame a esa acción de otra manera”.

²⁷⁸ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., pp. 22-24.

²⁷⁹ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en, JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal*, op. cit., pp. 98-99: Ello no significa, empero, que la exclusión no tenga absolutamente nada que ver con el Derecho: en tanto que el sujeto a quien se excluye (parcialmente, por ejemplo metiendo en la cárcel) se le pone a disposición un juicio, eventualmente también uno para que regrese al respeto general a la Sociedad, permanece de algún modo visiblemente incluido en la Sociedad; y por lo demás el Derecho entre los otros ciudadanos que permanecen unidos sigue existiendo, solo y solo si se trata de ese modo al sujeto a quien – parcialmente – se excluye.

La exclusión tiene lugar porque el autor ya no ofrece garantía alguna de un comportamiento futuro adecuado a Derecho, esto es, porque su personalidad no está cimentada suficientemente de manera cognitiva. La exclusión no recae sobre el autor como un destino trágico e inmerecido. Al tener que estar toda institución normativa cognitivamente cimentada, el sujeto peligroso – como todos nosotros – tiene la obligación de mostrarse de manera hasta cierto punto fiable, de modo que ni delitos graves ni los delitos más graves deben poder esperarse de él ni de nadie”.

²⁸⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal*, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coordinador), *Mutaciones de Leviatán*, legitimación de nuevos modelos penales, op. cit., pp. 60-61.

Como hemos dicho, el Modelo de Derecho penal del enemigo no se trata de una proposición autoritaria, sino que una constatación. Vemos muchas comparaciones del Derecho penal del Enemigo con las bases del nacionalsocialismo alemán, pero eso está completamente equivocado.

Además de la diferencia cronológica – se sabe que en la Alemania de 1933 hasta 1945, el Derecho penal se basaba en el *Volksgemeinschaft* – “*sentimiento del pueblo alemán*”, mientras el Derecho penal del Enemigo es una descripción de la realidad creada por órganos legislativos y aplicada por órganos jurisdiccionales de países plenamente democráticos²⁸¹.

Lo que busca el Derecho penal del enemigo no es romper con los preceptos de los Derechos humanos, sino que el empleo adecuado a la punición de delincuentes que causen peligro a la estructura normativa de la sociedad – y por consecuencia a los bienes protegidos, de modo a no permitir que la sociedad sea rehén de ellos, que son desvinculados de los fundamentos normativos y comunicativos de la propia sociedad, pues comunican, a través de sus hechos, que su conducta debería ser aceptable en la sociedad – o que el mundo debería ser configurado del modo como él se comporta. La pena es, así, también una modalidad cognitiva²⁸².

El ciudadano es definido como el vinculado a la ley e al Derecho, y cuando ese comete algún delito, a él le debe ser aplicada una pena, pero con la integridad de las garantías previstas en la Ley penal²⁸³. Por otro lado, el enemigo

²⁸¹ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, op. cit., pp. 103-104.

²⁸² JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 2003, pp. 50-52.

²⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. op. cit., p. 126: “(...) La persona en Derecho es quien respeta a los demás como personas en Derecho, esto es, quien por regla general adecua su comportamiento a la norma jurídica. Como el ser humano no es perfecto, puede llegar a equivocarse, infringiendo una norma. Esa infracción es vista, en la mayoría de los casos, como una ‘metedura de pata’. Eso significa que el sujeto infractor no genera una inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma que haga

es el que no está vinculado a la norma, que sigue comunicando frecuentemente que la norma no se aplica a él – como por ejemplo las organizaciones criminales y los terroristas. A esos últimos cabría una punición más rígida, perdiendo el *status* de ciudadano, y con eso algunas de sus garantías originales. En otras palabras: el enemigo tratase del miembro de la sociedad que pierde su *status* por no ofrecer garantías cognitivas de mantenerse fiel a las normas del Estado²⁸⁴.

Mucho se discute respecto el Derecho penal del enemigo en el contexto actual, no solo por las demandas sociales de inseguridad frente a la delincuencia (ver apartados anteriores), sino que también debido al terrorismo – especialmente después del 11 de septiembre de 2001²⁸⁵.

La verdad es que lo que hizo JAKOBS fue sistematizar, con el nombre provocativo de “Derecho penal del enemigo” algo que ya se encontraba plasmado en la sociedad desde mucho²⁸⁶. Siempre en la historia de la humanidad (que se confunde con la historia del delito), los delincuentes considerados más

desestabilizar la estructura normativa, sino que su error (su ‘desliza reparable’) puede combatirse con el mecanismo comunicativo usual que es la pena (...).”

²⁸⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. op. cit., pp. 126-127: “El concepto de enemigo, en sentido funcionalista, indica el mayor grado de oposición a la norma jurídica. (...) en determinados casos, la conducta del sujeto es tan socialmente perturbadora que es preciso combatir la situación con una medida especialmente asegurativa. En ese caso, el ordenamiento jurídico ya no trata al infractor como un ciudadano que se equivoca, sino como un enemigo que desestabiliza. En una palabra: el sujeto infractor ha imposibilitado con su conducta que ciudadanos sigan confiando en la vigencia de la norma, y con ello impide que la norma tenga su normal vigencia: impide que la juridicidad sea completa. De tal manera, el sujeto se comporta frente a los demás no como un ciudadano respetuoso (‘sé persona y respeta a los demás como personas’, como diría Hegel), sino como alguien que ya no ofrece la mínima garantía para que los demás sigan confiando en él como sujeto idóneo con quien entablar un contrato social y una estabilidad normativa. En ese sentido, tal sujeto infractor se despersonaliza frente a la comunidad, autoexcluyéndose parcialmente frente al ordenamiento jurídico, que lo trata como un enemigo más que como un ciudadano respetuoso de los demás”.

²⁸⁵ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 112: “En efecto, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. pusieron de manifiesto algo que ya se conocía: que el terrorismo no tenía fronteras, que contaba con una información y tecnología del Siglo XXI y que las interrelaciones entre organizaciones, bandas y células se extendían de forma global por el Planeta Tierra. Para hacer frente a este tipo de criminalidad, se ha utilizado una legislación con una fuerte tendencia al endurecimiento de sus medidas de intervención punitiva y con una consecuente restricción exacerbada de los derechos de los sospechosos, acusados o reos”.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, op. cit., pp. 103-104.

peligrosos fueron tratados de manera distinta de los demás ciudadanos – como verdaderos enemigos. Son muchos los ejemplos a respecto de eso, incluso en la literatura – como el caso que nos cuenta el profesor Miguel POLAINO-ORTS de la descripción del Derecho penal del enemigo en la célebre obra de CERVANTES, “Don Quijote”²⁸⁷.

Mucho se habla que el Derecho penal del enemigo es contrario al Derecho penal que se concibió desde la Ilustración. La prueba definitiva de que el concepto de enemigo ya se encontraba plasmado en la sociedad, especialmente en los teóricos de la Ilustración, y que trataban del contrato social, es que el propio ROUSSEAU ya decía que “*cualquier malhechor que dirija un ataque al Derecho Social, deja de ser miembro del Estado*”, y también otros, como HOBBS, también tenían conceptos similares. La diferencia es que, para ROUSSEAU y HOBBS, todo delincuente es *de por sí* un enemigo, mientras que en la concepción de JAKOBS, el criminal debe ser mantenido *dentro* del Derecho, pudiendo arreglarse con la sociedad y volver al *status* de ciudadano²⁸⁸. O sea, para los teóricos de la Ilustración, el concepto de enemigo era aún más amplio que el de JAKOBS.

Para el autor alemán, el enemigo es alguien que se busca neutralizar, adelantando las barreras punitivas del sistema penal²⁸⁹, pero siempre dentro de las normativas del Derecho, al contrario de HOBBS e ROUSSEAU que consideraban cualquier delincuente un verdadero enemigo de las reglas sociales.

No nos parece que el Modelo sea incompatible con los Estados Democráticos de Derecho o con las garantías constitucionales, ya que en todos

²⁸⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Mergablum, Sevilla, 2012, p. 21 y ss.

²⁸⁸ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., p. 26 y ss.

²⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. op. cit., pp. 127-128.

los países que poseen garantías plenas, existen leyes que se pueden considerar de Derecho penal del enemigo²⁹⁰.

Eso no disminuye la desconfianza que existe hacia el Derecho penal del enemigo, sobre todo en países donde hay un trauma por años de regímenes de excepción (como es el ejemplo de Brasil o España). Pero no se puede cerrar los ojos a algo que está claro y que ya se encuentra plasmado en la sociedad, desde hace mucho.

Mejor que criticar el Modelo sin conocerlo, es comprender los postulados del Derecho penal del enemigo, aceptar su existencia en las legislaciones, para no tornar su aplicación mucho más restrictiva en Derechos fundamentales. No nos parece haber ningún sentido en descreditar una teoría creada con el objetivo de llamar la atención para un hecho práctico que es claro, inequívoco y general en la formulación de la Política criminal y de todo el Sistema penal de prácticamente todas las sociedades.

Es necesario buscar soluciones concretas para el tormentoso estado de cosas actual. La verdad es que el tema provocativo oriundo de la doctrina de JAKOBS nos hace pensar respecto del tratamiento del problema de la criminalidad organizada o del terrorismo, por ejemplo. Creemos que esa fue la intención del autor al formular la teoría y su nomenclatura: hacernos repensar gran parte del Sistema penal.

También hay mucha confusión conceptual entre la falta de fundamentos teóricos y racionales para las leyes penales (especialmente en una expansión irracional de la legislación penal) con el Derecho penal del Enemigo. No hay que confundirse el Derecho penal de emergencia, orientado por razones populistas, con el modelo del Derecho penal del Enemigo.

²⁹⁰ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, op. cit., p. 66.

El modelo de JAKOBS se direcciona a la manutención de la vigencia del orden jurídico-social del Estado – su clave está en la creación de inseguridad cognitiva²⁹¹, y no la creación de normas sin frenos, como ocurre en la expansión irracional especialmente populista. Es fácil encontrar buenos doctrinadores que trabajan el tema del expansionismo irracional de la legislación simbólica como se fuera Derecho penal del enemigo, lo que es falso.

La base última del Derecho penal del enemigo – o su técnica político-criminal, que es lo que nos interesa, es el adelantamiento de las barreras punitivas (o de protección jurídico-penal), que buscan prevenir la realización de acciones posteriores de particular grado de peligrosidad, que sean efectivamente lesivas o causen peligro, buscando punir actos que poseen premisa idónea para el cometimiento de otros delitos²⁹².

²⁹¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 69 y ss.

²⁹² POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 87 y ss.

CAPÍTULO VI

RECRUDECIMIENTO ACTUAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL POPULISTA

I.- Desarrollo del populismo a partir del Siglo XX: el recrudecimiento de la Política criminal populista

Queda claro que los perfiles populistas ya tratados anteriormente varían mucho en cuanto a su concepción. Pueden tener consecuencias neutrales, simplemente como el protagonismo de las masas en la conducción de la política; positivos, cuando cambian un paradigma autoritario no-populista para permitir una mayor participación popular; o negativo, cuando constituyen un engaño de las masas, manipuladas por un líder carismático.

En cuanto a su contenido, no nos parece que el populismo tenga necesariamente una ligación con una ideología, teniendo también situaciones en que son neutrales, de derechas o de izquierdas.

Aunque fuera importante tratar de los perfiles históricos del populismo, para llegarnos a un concepto mínimamente general, el tema central aquí es su influencia en la Política criminal, especialmente cuanto al recrudecimiento de las posturas de prevención, contención y combate al crimen, siempre con una mirada en la concreción de los modelos político-criminales, ya tratados.

Es importante decir que trataremos el tema a partir del siglo XX pues es la época donde la Política criminal adquirió sus contornos actuales. Además, ya hemos tratado del histórico de la Política criminal, así como de las posturas y de su concreción en modelos específicos. Ahora, haremos un breve análisis de los

fenómenos político-criminales de influencia populista en algunas partes del mundo.

II.- Países anglosajones (Ley y orden, tolerancia cero y *three strikes and you are out*)

En los países anglosajones son muchas las experiencias populistas, especialmente en el contexto desde el Estado de bienestar¹ y del *welfarismo*². Para ejemplificar, en Estados Unidos, podemos citar el programa *New Deal* del presidente ROOSEVELT, como también ocurrieron planes semejantes en Gran Bretaña – con claros rasgos de Estado de bienestar³, y las posturas del presidente KENNEDY, que fueron considerados “*populismo progresista*”. También, el programa de REAGAN (con el paralelo en Gran Bretaña de la política de THATCHER) ha sido considerado una especie de “*populismo conservador*”⁴, teniendo claros efectos en la Política criminal, especialmente con guerra contra las drogas^{5/6}.

¹ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, p. 15.

² GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción de Máximo SOZZO, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p. 96.

³ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 96-98.

⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 137.

⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 194-195.

⁶ WOODIWISS, Michael, HOBBS, Dick, “Organized evil and the Atlantic Alliance: Moral panics and the Rhetoric of Organized Crime Policing in America and Britain”, *British Journal of Criminology*, (2009), 49, pp. 106-128, pp. 112-113: “Within the first year of her husband, Ronald Reagan, taking office as President in 1981, Nancy Reagan had placed drugs and the threat they posed to America’s children at the centre of the new administration’s domestic concerns. In November, she gave an interview to the popular television show Good Morning America to announce that her best role as First Lady was ‘to try to bring public awareness, to the problems of drug abuse’. From then, her anti-drug crusade took her to 65 American cities and helped to add the phrase ‘Just say no’ to the national vocabulary. In April 1985, she internationalized her campaign by inviting the wives of world leaders to attend a White House conference on youth drug abuse. In October of the same year, she hosted a larger group of the wives of international leaders at the United Nation’s 40th anniversary celebrations. From then on, she continued to press for an international drug prohibition regime, notably when she gave strong backing at a meeting of the UN General Assembly in 1988 for the treaty that would

En el caso específico de REAGAN y THATCHER, queda muy claro que sus políticas económicas tenían poca fuerza atractiva, sino que expresaban el descontentamiento de las masas – típico de un contexto populista, y sus campañas políticas fueron manejadas justamente hacia una intolerancia para con pequeños delitos, en nombre de un activismo conservador^{7/8}.

El contexto del aumento de desigualdad, especialmente en la época de la crisis de 2008, levantó muchos cuestionamientos respecto una posibilidad de un *contragolpe* populista, inclusive habiendo el ganador del Premio Nobel de Economía en 2008, Paul KRUGMAN⁹, defendido que Estados Unidos necesitaba de ese cambio de paradigmas. Las posturas populistas en las campañas políticas de aquel país crecieron en los años siguientes, culminando con la elección de Donald TRUMP en el último año¹⁰.

become the Vienna Convention against Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (National First Ladies Library 2008)”.

⁷ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 170: “Lo que es llamativo de las victorias electorales de Reagan y Thatcher es que se debieron menos al atractivo de sus políticas económicas -que en aquel momento estaban notoriamente infradesarrolladas - que a su capacidad de expresar el descontento popular. La hostilidad hacia el gobierno que «cobra impuestos y gasta», hacia los inmerecidos beneficiarios del *welfare*, hacia las políticas «blandas contra el delito», hacia los sindicalistas por nadie elegidos que manejaban el país, hacia el debilitamiento de la familia, hacia el quiebre de la ley y el orden; éstos fueron los puntos medulares de una política populista que tuvo un amplio apoyo. Apelando al conservadurismo social de las clases medias «trabajadoras», «respetables» (y en gran medida blancas), los políticos de la «Nueva Derecha» culpaban a los pobres indolentes de victimizar a la sociedad «decente» -a través de los delitos callejeros, los gastos del *welfare*, los impuestos elevados, el activismo sindical- y culpaban a las élites liberales por consentir una cultura permisiva y la conducta antisocial que ésta alentaba”.

⁸ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 171: “Los proyectos políticos de los gobiernos de Thatcher y Reagan fueron diferentes entre sí y cambiaron con el tiempo. Por más coherentes que parezcan en retrospectiva, en realidad fueron más oportunistas, más contradictorios y menos plenamente implementados de lo que suponen sus críticos o sus partidarios. Sin embargo, las políticas e ideologías de estos gobiernos tuvieron una unidad temática que nos permite caracterizarlos, de un modo que es abstracto, pero no del todo inadecuado, como reaccionarios en un sentido bastante específico”.

⁹ THE NEW YORK TIMES, The opinion pages, *The Conscience of a Liberal*, <https://krugman.blogs.nytimes.com/2007/09/18/introducing-this-blog/>, c. 08/03/2017.

¹⁰ EL PAÍS (BRASIL) ONLINE, Internacional, *De Trump a Maduro: o que é exatamente o populismo?*, http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/14/internacional/1479150607_282338.html, c. 08/03/2017.

Ahora bien, para tratar del recrudecimiento político-criminal en los países anglosajones, tenemos que comprender bien la implementación del Estado de bienestar, a partir de las primeras décadas del siglo XX, lo que hace David GARLAND muy bien en su libro “*La cultura del control*”¹¹.

Además de eso, los últimos siglos han sido de grandes transformaciones, y el Derecho penal (así como la Política criminal) se ha mantenido anclado en postulados originarios en el liberalismo, pero hay que comprender lo que ya hemos dicho: vivimos en una sociedad del riesgo, transformadas por nuevos valores y tecnologías¹², lo que tiene fuertes influencias en la gestión del Sistema Penal¹³. Además de eso, la propia implementación del Estado del bienestar se dio en el contexto posterior a la crisis de 1929, donde había fuertes tendencias críticas al propio liberalismo como doctrina económica.

Hablamos de la sociedad del riesgo para tratar del Estado de bienestar, pues el aumento de la complejidad de la sociedad – especialmente en las transacciones financieras, información y tecnología –, así como la intensificación

¹¹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 13-14.

¹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Presupuestos de un modelo racional de legislación penal, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Espagrafic, 1989, pp. 11-12: “En lo concerniente a la transformación histórica producida en el estado de derecho, no puede olvidarse que el Derecho penal se ha mantenido durante los dos últimos siglos firmemente anclado en postulados básicos del estado de derecho liberal originario: Especialmente destacable es la persistencia de una profunda desconfianza hacia el uso por los poderes públicos de un instrumento jurídico tan poderoso como el derecho criminal, que sienta las bases para el mantenimiento de un conjunto de principios garantistas que permean toda la exigencia de responsabilidad penal, y que son objeto de periódicos intentos de desestabilización; a ello hay que añadir la continua pretensión desde la codificación novecentista, confirmada tras la superación en el siglo XX de los momentos más duros del positivismo jurídico, de identificar y clasificar de una manera racional los bienes básicos para asegurar la convivencia social y que habrán de ser justamente por eso objeto de protección jurídico-penal”.

¹³ HERZOG, Felix, *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLO, en *Revista Penal*, año 2, número 4, Editorial Praxis, Barcelona, 1998.

de la globalización, ha contribuido para el bienestar de los ciudadanos, al mismo tiempo que han tornado las relaciones más complejas^{14/15}.

Pero hay que advertirse que, en concreto, existen reglas de imputación distintas en el sistema anglosajón, aunque los problemas sean semejantes – muchas veces. Pero en el sistema *common law* las reglas no se integran en el sistema de la teoría del delito que la tradición jurídica continental entiende como tradicional¹⁶.

De todas formas, el fenómeno ocurrido en los países anglosajones, especialmente debido a sus diferencias en la cuestión de la imputación, se debe a la mayor presencia de las víctimas (trataremos del tema específico de la victimología en el próximo capítulo), que por mucho tiempo fueron olvidadas. Eso empezó a partir de los años ochenta del siglo XX. Las implicaciones en el plano político-criminal son evidentes, especialmente en el contexto del Estado del bienestar¹⁷.

¹⁴ HERZOG, Félix, *Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 252.

¹⁵ HERZOG, Félix, *Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 254.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003, p. 29: “Así, al menos deben efectuarse tres consideraciones: En primer lugar, que las reglas de imputación del Derecho penal anglosajón no se integran en nada parecido al «sistema estructurado de la teoría del delito». En segundo lugar, que las reglas de imputación análogas a las que en nuestro modelo estructuramos en la teoría del delito no aparecen radicalmente separadas -a diferencia de lo que aquí ocurre- de las instituciones constitucionales, procesales y de la determinación de la pena. Y, en tercer lugar -por no añadir ahora otras consideraciones que sería posible sin duda tener también en cuenta- que el modo de proceder de quien se sirve de tales instituciones (el juez del *common law*) es un sujeto con un «*modus operandi*» radicalmente distinto al que es propio del juez continental en modelos de Derecho codificado. Esto último seguramente tiene que ver también con la diferente legitimación desde la que uno y otro obran”.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1, Barcelona, 2013, p. 3.

Cierto es que las políticas de enfrentamiento al delito en ese contexto del bienestar social han sido acuñadas pensando – como el propio nombre “*bienestar*” hace comprender – en los intereses del llamado “*ciudadano común*”. Y en un contexto de busca a agradar las masas, eso cae muy bien, ya que contesta al alarme social generalizado, y tiene efectos políticos muy claros. La política de la ley y el orden tiene efectos de parecer al pueblo que buscase seguridad frente a la violencia, lo que fue cambiando lentamente el control del delito¹⁸. El ciudadano es interesado en la seguridad comunitaria, y tiene horror al delito¹⁹.

Tratase de un fenómeno claramente que tiene sus raíces en la propia configuración democrática, como cualquier postura populista – como ya hemos visto. La voluntad del pueblo es satisfecha a través de la función del llamado interés público²⁰. Y el pueblo ha desacreditado en las opiniones de los especialistas, lo que llevó a un proceso de politización de la sociedad en relación al contexto criminal²¹.

Para las masas, el crimen es como un signo de socialización insuficiente, debiendo el Estado controlar y combatir con disciplina las conductas antisociales²². Eso en cuanto las teorías contemporáneas comprenden el delito

¹⁸ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 76: “En las democracias liberales, la capacidad del Estado para imponer «la ley y el orden» ha llegado a ser considerada no como un poder hostil y amenazador, sino como una obligación contractual de un gobierno democrático para con sus ciudadanos que obedecen la ley. La «garantía» de la ley y el orden, de la seguridad de los ciudadanos frente a la violencia, el delito y el desorden, se convirtió en uno de los beneficios públicos fundamentales conferidos a la gente por el Estado y sus agencias. En este proceso, el carácter del control del delito cambió lentamente, pasando de ser una responsabilidad generalizada de los ciudadanos y la sociedad civil a ser una actividad especializada monopolizada en gran medida por el sistema de imposición de la ley del Estado”.

¹⁹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 56.

²⁰ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 75.

²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007 p. 79.

²² GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 52-53.

como un hecho normal de la sociedad, para las del Estado del bienestar, tratase de un fenómeno patológico²³. Además, hay un contenido de utilitarismo en el castigo penal – por la utilidad del castigo y la propia seguridad general²⁴.

El *welfarismo* penal, signo de la Política criminal del Estado del bienestar, tiene raíces en la década de 1890, se habiendo desarrollado a partir de 1950 y estando plenamente consolidado en los países anglosajones a partir de la década de 1970²⁵. El sistema se presentó más sensible a las demandas punitivas de la sociedad, que volvió su indignación hacia las características flexibles del modelo individualizado y que se basaba en la rehabilitación²⁶.

En el contexto político del Estado de bienestar²⁷ tanto en países anglosajones como en todo el mundo, vigoraba en esas fechas (años 1970) una

²³ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 53.

²⁴ FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿Un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 146-147: “Otra idea esencial por la cual se castiga es la idea de seguridad. Se imponen sanciones penales para asegurarse de que el crimen no se volverá a cometer en el futuro y para que la gente pueda circular tranquila por donde quiera sin miedo a ser atacada. La seguridad es la ausencia de daño y la tranquilidad de espíritu de ella derivada. La gente goza de seguridad cuando no se siente expuesta al crimen. La seguridad tiene que ver con la escasez de atentados contra la vida o los bienes de la colectividad: es su dimensión objetiva. Tiene que ver también, como derivado de lo anterior, con el sentimiento de tranquilidad y de confianza: es su dimensión subjetiva. No es preciso aquí argumentar indefinidamente sobre los beneficios de la seguridad. La misma es indispensable para el surgimiento de un tejido social, sin el que el ser humano no podría realizarse. En ausencia de seguridad, la libertad y la prosperidad se convierten en bienes inaccesibles”.

²⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 81 y ss.

²⁶ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 83.

²⁷ BESTE, Hubert y VOB, Michael, *Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 349: “De hecho, la evolución del sistema estatal de control parece paradójica, puesto que no sólo debe tenerse presente el repliegue de las esferas públicas de control, sino también el fortalecimiento del control penal. COHÉN ha caracterizado este proceso de reestructuración como «la dispersión del control social». El control social en el Estado del bienestar se ha multiplicado, subliminado, diversificado y diferenciado. Ha adoptado nuevas formas, ha penetrado en el ámbito de la prevención y del autocontrol y en ocasiones se propaga disimuladamente sin estar dirigido por un centro (estatal) que lo domine por completo. El control social también se lleva a cabo, cada

plataforma de la derecha que se posicionaba por una mayor contundencia del combate al delito, mientras las izquierdas buscaban la flexibilización²⁸. Esa flexibilización inspirada especialmente en las posturas criminológicas del *welfarismo*. A la medida que hubo campañas mediáticas en torno del delito^{29/30}, las llamadas *awarness-raising campaigns* que han aumentado el protagonismo de los medios de comunicación como actores no oficiales de Política criminal³¹, las plataformas acabaron coincidiendo hacia la contundencia³², a través de una

vez en mayor medida, mediante la canalización de la comunicación pública y del suministro de información. El actual grado de desarrollo de los «nuevos medios de comunicación» y sus perspectivas de futuro permite presumir que se nos avecina un nuevo tipo de control social, que hasta ahora sólo es perceptible, a lo sumo, en sus contornos (p. ej. «autopistas de la información» y «realidad virtual»)

²⁸THAM, Henrik, “Law and order as a leftist project? The case of Sweden”, *Punishment and Society*, Vol 3 (3), Sage Publications, London, pp. 409-426, pp. 409-410: “Liberal and radical criminologists seem to agree that crime policy in the western world has moved in the direction of an increasing emphasis on law and order. This change has mainly been attributed to Conservative forces in politics. Since the 1970s crime policy has become politicized and exploited by Conservatives for general political purposes. Social Democrats and other leftist parties have also been shown to have changed their crime policy in a harsher direction but they have done so only reluctantly, under pressure from Conservative parties”.

²⁹FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005, p. 16:1 y ss, p. 16:8: “Los *mass media* informan sobre acontecimientos delictivos al tiempo que poseen cierta capacidad para influir sobre la percepción de la realidad criminal”.

³⁰FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 16:23.

³¹ISMAILI, Karim, Contextualizing the Criminal Justice Policy-Making Process, *Criminal Justice Policy Review*, Volume 17, Number 3, Sage Publications, September 2006, pp. 255-269, p. 266: “The attentive public obtains much of its information about crime and the criminal justice system from the media. Katherine Beckett (1997) has noted that for 90% of those polled, the media represents the principle source of information about crime (p. 62). Because the coverage of crime is so prominent in “all means of mass communications, including daily and weekly newspapers, television, radio, news magazines, and so on” (Marion, 2002, p. 39), both the quantity and nature of media imagery can have a significant influence on how crime is perceived and, ultimately, on which criminal justice policies are pursued. As Beckett has argued, the coverage of crime in the media may influence the actions of both elected and unelected actors in the policy community, independent of any effect on public opinion. This is manifested when policy makers interpret heightened media coverage as an indication of public concern warranting public action or as an opportunity for political exposure and/or direct political gain. The latter is especially true in the run-up to or during an election campaign. Beckett also argues that media coverage “is undoubtedly a crucial component of the context in which public opinions are formed” (p. 78). Viewed in this light, the manner in which crime and criminal justice issues are framed by the mainstream media becomes a significant contextual feature of the policy community”.

³²Ese fenómeno no es exclusivo de los países anglosajones. véase, a respecto del caso de Suecia: THAM, Henrik, Law and order as a leftist project?, *Punishment and Society*, op. cit., pp. 409-426.

adhesión de los de izquierda a la política de Ley y Orden³³. Hoy, en paralelo, está claro que todas las plataformas políticas buscan mayor contundencia, a través de leyes simbólicas^{34/35}.

En definitiva, ha habido una alianza entre los liberales y los idealistas de izquierda, influenciados por los medios de comunicación. El miedo al delito es un problema mayor que el delito mismo, y la respuesta estatal es la contundencia y políticas de Ley y Orden³⁶.

Trataremos, pues, de las consecuencias de las posturas populistas en la formación de la Política criminal, definiendo en ese contexto lo que es el Populismo penal. Los populistas en el área penal se dirigen a las ventajas electorales obtenidas con sus plataformas ser más importantes que la propia efectividad del sistema penal construido³⁷.

³³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 105: “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", 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”.

³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 72.

³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 149.

³⁶ YOUNG, Jock, *El fracaso de la criminología: La necesidad de un realismo radical*, traducido por Ramiro SAGARDUY, en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, 2000, pp. 31-32.

³⁷ ROBERTS, Julian V., STALANS, Loretta J., INDEMAUR, David y HOUGH, Mike, *Populism and public opinion, Lessons from five countries*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 5-6: “The term ‘penal populism’ (or variants on it such as ‘populist punitiveness’; see Bottoms, 1995) has gained considerable currency in the recent years. What exactly does it mean. Populism is a value-laden term. Its nuances can be drawn out by contrasting populist policies to ones which are responsive, on the one hand, and to those which are merely popular on the other. It would be naïve to complain about politicians being responsive to public opinion. Such responsiveness is a central feature of representative democracy: the whole point of an electoral system is to ensure that politicians do not stray too far from the wishes of their electorate. In other words, elected politicians are always to an extent mandated; they do not, and should not, have unfettered freedom to interpret the best interests of those whom they represent. Politics is the art of the possible, and public opinion defines (in part) the limits of possibility. If responsiveness to public opinion is not, of itself undesirable, it would be equally unreasonable

La verdad es que todo tiene mucho que ver con la poca confianza en la capacidad de la justicia penal Estatal. Hubo una sensación de fracaso hacia el Estado, que reaccionó reafirmando su poder punitivo³⁸. De todas formas, hasta 1970 el contorno del *welfarismo* penal estaba delineado y consolidado – y con total postura correccionalista³⁹ - ese era el estado de cosas.

Entre los años de 1970 y 1980, el apoyo a la política correccionalista del *welfarismo* empezó a sufrir críticas, dando lugar a una tendencia a la contundencia penal. Sus premisas y prácticas han sufrido distintos ataques, habiendo un cambio de filosofía penal muy rápido⁴⁰, colapsando el estado de cosas del *welfarismo*, lo que dio lugar a un contenido extremadamente reaccionario⁴¹.

Es particularmente claro ese movimiento en la determinación de las condenadas: la preocupación con la proporcionalidad y minimización de la violencia estatal dio lugar a ideales de disuasión, detención preventiva, incapacitación y el encarcelamiento masivo. Ese colapso general del

to attack a politician for pursuing popular policies. Indeed, it would be a cause for some concern if elected political parties failed consistently to have broad-based support for their policies.

Responsiveness and popularity are necessary ingredients of populism, but they are not the key ones. In our view, policies are populist if they are advanced to win votes without much regard for their effects. Penal populists allow the electoral advantage of a policy to take precedence over its penal effectiveness. In short, penal populism consists of the pursuit of a set of penal policies to win votes rather than to reduce crime rates or to promote justice. We are not overly concerned with what might be termed ‘benign’ populism: politicians who pursue the right policies (effective crime policies) but for the wrong reasons (to be popular). Our concern is rather with a more malign form of penal populism: the promotion of policies which are electorally attractive, but unfair, ineffective, or at odds with a true reading of public opinion”

³⁸ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 66.

³⁹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 71.

⁴⁰ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 107.

⁴¹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 109.

correcionalismo acabó por desmoralizar las instituciones clave para el control del delito⁴².

Coincidentemente, en la década de los años ochenta las tasas de delito estaban en ascenso, lo que creó la sensación de desilusión y pesimismo, y la idea del “*nothing works*”, o “nada funciona”⁴³. Todo ese contexto produjo el surgimiento de nuevas teorías criminológicas⁴⁴, con una nueva agenda de control al delito, pero más que eso, creó un vacío en el campo político-criminal, y un resultado tormentoso en el campo de la actividad legislativa, con distintas leyes conflictivas para llenar el vacío⁴⁵.

El público, en ese momento, tenía también sus críticas pues entendía el sistema establecido como inseguro y permisivo. En un contexto en que el optimismo se fue del seno de la sociedad, el público dejó de apoyar el estado de cosas⁴⁶. Eso tiene mayor impacto en un momento en que los medios masivos de comunicación han cambiado la sociedad del siglo XX, junto a distintos otros cambios económicos y sociales⁴⁷. También, el propio fenómeno del delito había cambiado⁴⁸ en la modernidad⁴⁹.

⁴² GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 119.

⁴³ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 120.

⁴⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 127 y ss.

⁴⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 121-122.

⁴⁶ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 129.

⁴⁷ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 166.

⁴⁸ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 158 y ss.

⁴⁹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 158 y ss.

En especial el neoconservadurismo (reafirmación de las disciplinas morales)⁵⁰ de los gobiernos de los años ochenta (en Gran-Bretaña, de THATCHER, en Estados Unidos, de REAGAN) construyó un aparato estatal autoritario. Tenían el apoyo popular del contexto citado para tanto⁵¹, pero hay que decir que el conservadurismo de la disciplina moral y valores tradicionales tuvo diferentes alcances en las clases sociales. El mayor control era dirigido a los más pobres y marginados, no afectando en nada la mayoría de los ciudadanos, lo que de todas maneras produjo un incremento de las distancias entre las clases⁵². e inseguridad generalizada por la obsesión respecto al control⁵³.

Así las cosas, los problemas sociales han empeorado, especialmente en áreas de mayores desventajas sociales. Y eso legitimó el discurso y la legitimación teórica de las políticas de castigo a los pobres, como justificación para el desarrollo de un Estado cada vez más disciplinario. Desacreditaron las explicaciones sociales para el delito, con el argumento de que negaban la responsabilidad individual – el delito pasó a ser visto como una manifestación de indisciplina⁵⁴.

Las respuestas a el delito, muchas veces, son contradictorias. Tratase de un dilema político, pero está claro que en las últimas décadas (a partir de los 1980s), hubo un cambio de énfasis, con alternativas más politizadas y especialmente simbólicas. La declaración del presidente estadounidense REAGAN de “guerra contra las drogas” es un ejemplo claro de ese simbolismo⁵⁵. El discurso de “ley y orden” acaba por presentarse como único capaz de garantizar

⁵⁰ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 173.

⁵¹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 172.

⁵² GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 174-175.

⁵³ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 175.

⁵⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 176 y ss.

⁵⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 194 y ss.

la seguridad, al menos para el discurso mediático y conservador – o sea, simbólico⁵⁶.

Tratase de la idea de que “la prisión funciona”, y favorece claramente una política dura y populista⁵⁷. Hay un complejo psicológico en esa necesidad de las masas por la venganza: según FREUD⁵⁸ el castigo representa una compensación a las restricciones que uno pone al propio sadismo, y estos sentimientos están claros en la prensa y en multitud de gente curiosa y enfurecida hacia el delito⁵⁹.

En definitiva, esa evolución llega al Derecho penal que sirve a la política de efectividad en el corto plazo, para “barrer la delincuencia de las calles” abandonando sus presupuestos clásicos y fundamentales. Esa Política criminal, que nació en los países anglosajones es la base del populismo punitivo

⁵⁶ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., pp. 16:36-37.

⁵⁷ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 195.

⁵⁸ FREUD, Sigmund, *Civilization and its discontents*, translated by Joan RIVIERE, Doubleday, New York, 1958.

⁵⁹ FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿Un derecho a castigar?*, op. cit., pp. 52-53: “Esta ambivalencia descansa igualmente en el análisis de FREUD. Para el Psicoanálisis los mecanismos instintivos, de inhibición, represión y similares son vistos en la línea apuntada por MEAD. Según este punto de vista, el castigo representa una compensación a las restricciones que uno pone al propio sadismo. Como se puede observar —asegura FREUD— el morbo y la avidez con que el público devora las noticias sobre crímenes no son sino una gratificación por las agresiones deseadas, pero reprimidas y por los deseos sexuales que continúan en el ciudadano civilizado. En el tema del delito y del castigo confluyen una serie de sentimientos contradictorios: la fascinación, la intensa curiosidad, el placer de la culpa... Los deseos sublimados y algunos sentimientos civilizados tales como la caridad o las prácticas filantrópicas, que surgen alrededor de las instituciones penales, articulan sentimientos de simpatía, amor y piedad y provocan la benevolencia, el perdón y la misericordia: una compleja amalgama de sensaciones y pasiones más que una pasión colectiva uniforme.

Es innegable que estos sentimientos existen. En la prensa y en el tratamiento diario que los medios de comunicación dan a las noticias relativas a los crímenes y los castigos, en los efectos que consignan como “ley y orden” suscitan en el electorado, en la multitud de curiosos o gente enfurecida que se congregan en los juicios, en todos y cada uno de estos supuestos se manifiestan dichas emociones. Emociones que, de hecho, son edulcoradas o camufladas por la cultura: por ejemplo, el ansia de venganza hoy en día está muy mal visto como motivo de imposición del castigo. La cortesía, lo políticamente correcto y un sentimiento vergonzante hacen que se disfracen estas emociones “malsanas” bajo la apariencia de algo más “conveniente”. Pero ahí están”.

contemporáneo, y descuida de las causas sociales mismas de la criminalidad y desagua en las políticas de “Ley y Orden” y “Tolerancia cero”⁶⁰.

Sea presentado como moderado o reaccionario, la Política “Ley y Orden” tiene efectos difíciles para la democracia. Especialmente en un contexto – como el actual – donde en todo el amplio espectro de la ideología política los políticos usan de la misma plataforma⁶¹, lo que no favorece la dialéctica política. El mayor problema es que goza de amplio apelo y apoyo de las masas y de los medios⁶².

Hay otras consecuencias disfuncionales y costos sociales: a través de esa contundencia de “tolerancia cero”, especialmente con la exclusión de expertos en la conducción de políticas sociales, acabase no enfrentando objetivamente las causas del fenómeno delictivo, lo que termina por incrementar aún más la violencia social – la punición acaba teniendo un rasgo emocional, fanático, que impide la cohesión social⁶³.

Estando definido el contexto, pasamos a la definición de la propia Política criminal del “Ley y Orden” o de “Seguridad Ciudadana”. Se refiere a demandas por una justicia criminal estricta, especialmente en relación a delitos violentos y

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 192-193: “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 plazo. 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 amplios, así como en los efectos comunicativos de una política de ley y orden que, tarde o temprano, mostrará sus endeble capacidades para la erradicación de las raíces de la delincuencia”.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 69-70.

⁶² GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, Siglo Veintiuno Editores, Ciudad de México, 1999, p. 87.

⁶³ GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, op. cit., p. 100.

de propiedad⁶⁴, y aún más graves sanciones criminales – tiempo de condenadas más largos, más restrictivos y leyes *three strikes* – de que trataremos adelante⁶⁵.

El argumento es que el encarcelamiento masivo es el modo más efectivo para prevención del delito, lo que había empezado desde los años de críticas al *welfarismo* penal, especialmente con las *Sentencing Guidelines* en EE.UU.⁶⁶. Como hemos visto, es un tema recurrente en las campañas políticas, no solo en los países anglosajones, sino que en todo el mundo – los candidatos muchas veces utilizan de la retórica populista⁶⁷ para obtener el apoyo público⁶⁸.

Hay autores, como HINDS, que sustentan que hay un concepto históricamente vinculado al orden público y acción de la policía para evitar delitos, al mismo tiempo que el segundo concepto de “ley y orden”, más reciente, de cuño político-criminal, que interpreta la aplicación estricta de las leyes y condenas como mecanismo de control del fenómeno delictivo⁶⁹.

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., p. 23.

⁶⁵ HINDS, Lyn, Challenging current conceptions of law and order, *Theoretical Criminology*, Volume 10, Number 2, Sage Publications, May 2006, pp. 203-221, pp. 211-212: “Today, the association of law and order with becoming tougher on crime evidences popular perceptions that the risks of crime are intolerably high. Crime has become the most prominent source of danger in contemporary society not because crime is increasing and one’s risk of victimization is actually greater but because the perception itself has become unbearable (Douglas, 1992), justifying extraordinary measures to control it. Sensitivity to perceived danger from crime is enhanced in our time by the absence of danger from other sources (Downes, 2001), and a heightened expectation of a right to life without the risk of violence (Foucault, 1977; Pratt, 1995)”.

⁶⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 276 y ss.

⁶⁷ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 272.

⁶⁸ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 204 y ss.

⁶⁹ HINDS, Lyn, Challenging current conceptions of law and order, *Theoretical Criminology*, op. cit., p. 204.

Es interesante notar que, los medios de comunicación de masas, como medio de control social informal, acaban trascendiendo esa informalidad, dibujando su visión sobre la criminalidad y el control social, transformando su retórica en parte del control social formalizado – o sea, el propio Derecho penal y su Política criminal⁷⁰. Tratase de una campaña de rigor punitivo e inflexibilidad – la retórica de la guerra contra el delito⁷¹.

El “Ley y Orden” no representa un conjunto determinado de acciones, pero tiene rasgos comunes, que podemos resumir en el siguiente: proposición de políticas de control social represoras; el ideal de firmeza para con el fenómeno delictivo; la consideración de algunas manifestaciones públicas como disturbios; el fomento del encarcelamiento y penas inocuizadoras – así como la prevención general al delito; uso de la retórica como mensaje asociado a la práctica de la Política criminal⁷². Además, tratase de un concepto amplio, que permite englobar muchas propuestas teóricas, de ahí que estudiaremos la “Tolerancia Cero” y el “*Three Strikes*”.

El resultado es una Política criminal de “incapacitación social” y de lucha contra la criminalidad, con presupuesto penitenciario altísimo y tasas de encarcelamiento sin precedentes, con foco exclusivo en la pena privativa de libertad, justificada por la “protección de la sociedad”⁷³. Ya hemos dicho: son características simbólicas, que ignoran la complejidad de las relaciones que tiene que ver con las políticas criminales⁷⁴.

⁷⁰ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 135.

⁷¹ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 204: “Estas campañas se caracterizan por su llamado al rigor punitivo y la inflexibilidad, asimismo, utilizan la retórica de la guerra contra el delito y se capitalizan en la arena de la discusión política y los medios de comunicación”.

⁷² BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, Oxford University Press, New York, 1997.

⁷³ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 81.

⁷⁴ ISMAILI, Karim, Contextualizing the Criminal Justice Policy-Making Process, *Criminal Justice Policy Review*, op. cit., p. 261.

“Tolerancia cero”, es una forma de política de seguridad, basada en no tener tolerancia hacia las infracciones legales, sin importar la gravedad. Reduce al máximo el tiempo entre la falta y la condena, eliminando la tolerancia al delito y las atenuantes. En la experiencia anglosajona fue utilizada como una especie de “carta blanca” a los órganos de policía locales para frenar prácticas delictivas – fue especialmente utilizada en la ciudad de Nueva York, debido a tasas altas de criminalidad y uso de drogas⁷⁵.

El marco inicial de todo ese contexto de la política de “Tolerancia cero” fue un artículo de George KELLING y James Q. WILSON, llamado “*Broken Windows*”⁷⁶ (“Ventanas Rotas”). El simbolismo del título del artículo tiene un significado interesante, como símbolo de la destrucción y decadencia de la propiedad y ausencia de ciudadanos “respetables” en áreas menos favorecidas de la ciudad, simbolizada por las ventanas rotas, que, según los autores deberían ser arreglada⁷⁷.

⁷⁵ VAN SWAANINGEN, René, Public safety and the management of fear, *Theoretical Criminology*, Volume 9, Number 3, Sage Publications, London, 2005, pp. 289-305, p. 292: “The police increasingly interpret safety politics as a *carte blanche* to restore public order with ‘unorthodox means’. The word ‘unorthodox’ is used when the police propose ‘preventative’ stop-and-search practices in certain deprived neighborhoods or placing the photos of habitual offenders on the Internet. The most extreme of these plans are not really meant to be put into practice. They serve to ‘shake up’ the public debate. Despite the fact that all these practices take place on a local level, it does not make much difference whether these are launched by national politicians, local authorities or indeed chiefs of police. It is quite plausible that local differences have become so small because they are all oriented at the same ‘enemy’: our allegedly ‘tolerant’ past. Moreover, many Dutch municipalities ‘drank’ from the same source. By *en masse* paying visits to New York, they have contributed to probably the largest ‘policy transfer’ in criminological history and made ‘broken windows’ and ‘zero tolerance’ the ultimate truism in local safety politics. ‘Zero tolerance’ became widespread in the Netherlands, albeit in very much the same way Jones and Newburn (2004) describe it in the British case. That is ‘not so much within the field of policing but more so within wider political rhetoric and discourse’ (2004: 132). Just like in Britain, the key concerns of New York’s zero tolerance policing—extraordinary high murder rates, a crack epidemic and aggressive panhandling—were not serious issues in the Netherlands”.

⁷⁶ Q. WILSON, James, L. KELLING, George, Broken windows: The Police and Neighborhood Safety, *Atlantic Monthly*, 249 (3), 1982.

⁷⁷ PUNCH, Maurice, *Zero tolerance policing*, The Policy Press, Bristol, 2007, p. 17: “George Kelling and J. Q. Wilson had written an article on ‘Broken windows’ in 1982. The argument was that areas with a symbol of decay – one ‘broken window’ – are likely to enter a cycle of dilapidation, with more destruction of property and with the respectable inhabitants fleeing the area (Wilson and Kelling, 1982)”.

La respuesta era justamente el arreglo de los símbolos de decadencia y destrucción, para reclamar de vuelta esas áreas de la ciudad – eso a través de la mejoría de las condiciones físicas de esos espacios, y de la creación de una sensación de seguridad ciudadana. Cuando los órganos de policía de Nueva York pasaron a adoptar ideas, se originó la práctica de la “Tolerancia cero”⁷⁸.

Los efectos populistas de la política de “Tolerancia cero” fueron inmediatos y son todavía constantes: ya estaba plasmada en la sociedad una sensación de la rabia hacia el delito, lo que facilitó tremendamente que la sociedad aceptara esa política rigurosa. Las opiniones del “ciudadano común” son cada vez de mayor hostilidad hacia el delincuente, llegando a ignorar muchas veces su condición de ser humano, y llegando a intentar legitimar providencias criminales drásticas⁷⁹. Eso tanto en Estados Unidos, como en su aplicación en Gran Bretaña cuando sus ideas cruzaron el Atlántico⁸⁰.

⁷⁸ PUNCH, Maurice, *Zero tolerance policing*, op. cit., p. 17: “The answer, then, was to reclaim the area through a multi-agency approach that fixed the ‘broken windows’ by attending to the physical environment, but also by providing a feeling of security with visible control agents. The argument was that you fixed the problems, reversed the decline and reclaimed the community. Bowling (1996) views this broken windows ‘theory’ as no more than a suggestive metaphor based on a dubious experiment. Others were also critical (Manning, 1997b), but the concept was most influential in the thinking of Bratton and others (Montgomery, 1997, p. 2). The NYPD approach incorporated some of the ideas derived from Wilson and Kelling, but it became associated with the term ‘zero tolerance’. Bratton himself stopped using this catch phrase (he had employed it initially in the context of combating corruption). One of his advisers in New York was George Kelling: when Kelling came to the Netherlands in 1998 to lecture on what was advertised as ‘zero tolerance’, his opening line was that he was not going to talk about zero tolerance!”.

⁷⁹ ROWAN, Mike, *Democracy and punishment: A radical view*, *Theoretical Criminology*, Volume 16, Number 1, Sage Publications, London, 2011, pp. 43-62.

⁸⁰ JONES, Richard, *Populist leniency, crime control and due process*, *Theoretical Criminology*, Volume 14, Number 3, Sage Publications, London, 2010, pp. 331-347, pp. 334-335: “Pratt (2007: 22) argues that a ‘sense of anger and resentment over law and order issues provides a staple diet for most of the new populist parties’, and writes that part of the ‘appeal of much of the sloganizing associated with populist initiatives: “three strikes”, “truth in sentencing”, “life means life”, “zero tolerance”’ is that they ‘are also emblems of the way in which popular commonsense should order the criminal justice system, rather than the opaque and muddled expertise of the criminal justice establishment’.

In the fields of policing and criminal justice, populism does not always adhere to ‘punitive’ policies alone—although at present they do seem to be politically ‘reactionary’. Indeed, penal populism may be part of a cluster of populist stances relating to the politics of ‘law and order’. Populist policies can be discerned in a number of areas relating to crime, policing and criminal justice. Examples might include ‘populist policing’ (perhaps favouring ‘zero tolerance’ policing, armed policing, but also more visible foot patrols), and ‘populist

Todo es un fenómeno causado por el miedo de la violencia, y la hostilidad hacia la violencia criminal es la base del “Tolerancia cero”, pues tiene por objetivo remover de la sociedad las personas que podrían cometer esos delitos, manteniendo alejados de la sociedad – lo que no necesariamente significa un efectivo control del fenómeno delictivo^{81/82}.

De todas formas, el populismo no es el único factor de adherencia a las políticas de “Tolerancia cero”, aunque tengan el contexto de reacción y de seguridad ciudadana. La relación es mucho más una cuestión de demostración de eficacia, y una retórica cargada de la emoción, dejando de lado los principios y garantías básicas de la legislación penal⁸³. Hay un claro cambio de paradigma, definiendo las prioridades de la actuación estatal (o policial)⁸⁴.

Los defensores de esas políticas disuasorias argumentan muchas veces que son efectivas para la reducción del delito, e intentan demostrarlo con estadísticas. Pero las estadísticas muchas veces nos hacen equivocarnos, pues la disminución

security’ (favouring gated communities, ‘security theatre’ at places such as airports (see Schneier, 2006, 2008), the UK’s anti-terror ‘control orders’, ‘water-boarding’ and other physical ‘interrogation methods’, and ‘extraordinary rendition’). These appear ‘populist’ in the sense that they are based on popular appeal rather than demonstrated efficacy, are often politically reactionary and dismissive of rights safeguards, and connote an authoritarian political symbolism (see also Pratt, 2008: 369–70)”.

⁸¹ MILLER, Lisa L., Power to the people: Violent victimization, inequality and democratic politics, *Theoretical Criminology*, Volume 17, Number 3, Sage Publications, London, 2013, pp. 283-313, p. 286.

⁸² MILLER, Lisa L., Power to the people: Violent victimization, inequality and democratic politics, *Theoretical Criminology*, op. cit., p. 287: “From this perspective, the political environment that arises from high levels of violence can activate the desire to punish deviants, but can also generate political energy directed toward limiting differential exposure to a wide range of insecurities that are often deeply connected with high rates of violence, such as chronic underemployment, weak and ineffective schools, disorganized and blighted neighborhoods and so on”.

⁸³ JONES, Richard, Populist leniency, crime control and due process, *Theoretical Criminology*, op. cit., p. 335.

⁸⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 59.

de la criminalidad puede ser atribuida a muchas razones, algunas veces ajenas a la propia disuasión o estrategia de contención criminal⁸⁵.

La verdad es que las estrategias de que lanza mano el “Tolerancia cero” y otras políticas disuasorias no atacan las causas de la delincuencia, sino pretenden proteger partes del entorno social, lo que puede llevar al traslado de la criminalidad a áreas más vulnerables⁸⁶.

En definitiva, el Tolerancia cero es un enfoque basado en la teoría de las ventanas rotas⁸⁷, y se centra en reducir el número de delitos graves en un proceso de mantenimiento del orden, centrándose también en pequeños delitos, como vandalismo – la verdad es que difícil de definirla de manera completamente clara, pero tratase mucho más una retórica política que una estrategia político-criminal definida⁸⁸. Nueva York fue un ejemplo de adopción de esa política⁸⁹, imponiendo restricciones a los callejeros, mendigos, indigentes, etc.⁹⁰.

⁸⁵ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª edición, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, op. cit., p. 281: “En los últimos años, los métodos disuasorios y las políticas de tolerancia cero han suscitado el apoyo de los políticos y parece que en algunos contextos han logrado reducir el índice de delitos”.

⁸⁶ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª edición, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, op. cit., p. 281.

⁸⁷ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, Estrategias y prácticas de la sociedad del control, Traducción de Iñaki RIVERA y Marta MONCLÚS, Virus Editorial, Barcelona, 2005, p. 157: “Según Kelling y Wilson, cuanto más degradado aparezca un ambiente urbano, abandonado a sí mismo, reducido a territorio de comportamientos ‘desviados’ e incluso propiamente criminales, tanto más probable resultará que en aquel contexto determinado se manifiesten, antes o después, formas más graves de transgresiones. La tesis, elemental, viene así ejemplificada por los dos autores: si una ventana de un edificio en desuso es rota por alguien, y no se repara de forma urgente, rápidamente todas las demás ventanas serán destrozadas y, en algún momento, alguien entrará con malas intenciones en el interior del edificio y, poco tiempo después, todo el edificio se convertirá en escenario de comportamientos vandálicos. En otros términos, la degradación urbana introduce en la comunidad una sensación de abandono, de falta de atención por parte de la autoridad, todo lo cual facilita los comportamientos desviados. La degradación eleva el umbral de indiferencia de la comunidad urbana hacia las diversas formas de desviación, con la consecuencia dramática de producir la consolidación de culturas criminales”.

⁸⁸ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, Estrategias y prácticas de la sociedad del control, op. cit., 2005, p. 156: “‘Zero tolerance’ es, en realidad, algo que resulta difícil de definir: es más una nueva retórica política, casi una tendencia subcultural o una filosofía popular, que una estrategia específica de Política criminal. *Zero tolerance* sólo es en parte una estrategia de seguridad urbana. La historia misma de la expresión lo demuestra: a partir de 1990, en lo tocante al contexto norteamericano (pero rápidamente también en Europa), se comenzó a

Esa creación de obediencia y control de espacios llamados “de riesgo” tiene mucho que ver con la sociedad estrictamente penal que ya hemos visto entre los siglos XVII y XVIII, con medidas de exclusión. Hay un retorno al modelo penal fundado en la utilidad y en la comprensión del delito como ruptura del contrato social⁹¹. Ese contexto es aún más aumentado en una sociedad ansiosa por respuestas urgentes y dejado tanto las izquierdas como las derechas con el mismo objetivo de responder con la mano fuerte⁹².

Está claro que esta teoría no está en consonancia con muchos de los principios del Estado Democrático de Derecho, buscando mayor eficacia del castigo penal – hay una contraposición entre la eficacia *versus* las garantías. Lo que, aunque tenga la ilusión de traer mayor seguridad, acaba por aumentar la conflictividad social⁹³, pues genera una gran exclusión social⁹⁴.

hablar de *zero tolerance* como si se tratase de una fórmula capaz de materializar, por el sólo hecho de ser pronunciada, soluciones inmediatas para problemas muy diversos entre sí. De la droga a la microcriminalidad, a la pedofilia, al abandono y fracaso escolar: *zero tolerance* va bien para todo”.

⁸⁹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, Estrategias y prácticas de la sociedad del control, op. cit., 2005, p. 159.

⁹⁰ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª edición, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, op. cit., p. 282.

⁹¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 39-40.

⁹² DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, Estrategias y prácticas de la sociedad del control, op. cit., 2005, p. 155: “Sólo dos palabras que hemos visto pronunciadas de modo obsesivo, tanto por la derecha, como por la izquierda: casi una fórmula mágica, una invocación cuya resonancia abre las puertas doradas de la seguridad, del orden, del decoro: *tolerancia cero*”.

⁹³ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordinación), *El populismo punitivo*, Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005) en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, Universidad de Barcelona (abril 2005), Critería, Barcelona, 2005, p. 21: “El recorte del estado social, la paulatina liquidación de la cultura del *welfare*, la consagración de las políticas criminales altamente represivas, la paulatina construcción de la *Criminología de la Intolerancia*, la preparación de todo ello en las *think tanks* norteamericanas, constituyen algunos ejemplos de la penalidad fabricada y exportada por y desde aquellos ámbitos. La gestión de la ‘nueva pobreza’ ya no es, pues, asistencial.

El *management* ahora adquiere rasgos policiales, penales y carcelarios; el sistema penal, cada vez más alejado de sus bases fundacionales, debe gestionar dosis cada vez más altas de conflictividad social. La superación de la cifra de dos millones y medio de reclusos (con auténticas ‘colonias penales’ en este nuevo milenio) y de alrededor de entre cuatro y cinco millones más de personas bajo medidas penales de diversa índole en los Estados Unidos es tan emblemática que no precisa mayores comentarios. Como indican Burton Rose, Pens y Wright

Una de las formas legislativas que emergieron de esa concepción de “Tolerancia cero” son las leyes “*Three strikes and you’re out*”⁹⁵, que tiene como objetivo dar a los delincuentes habituales o reincidentes una pena más grave, sin posibilidad de libertad condicional, poniendo más prolongadas condenas de prisión, bajo la retórica del “ley y orden”⁹⁶.

Las leyes “*Three strikes and you’re out*” se propagaron muchísimo en los últimos años en los estados federados de EE. UU., especialmente como una respuesta dura al sentimiento de inseguridad popular – tratase de una de las facetas de la política “Ley y Orden” y del “Tolerancia cero”⁹⁷. Tuvo su origen en el Estado de Washington, aunque su mayor repercusión ha sido en California⁹⁸, habiendo se convertido en un verdadero hincapié del sistema penal y punitivo

(y ya se había señalado Christie años antes), la industria carcelaria norteamericana ha edificado uno de los mayores *gulags* del presente que, por la vía de reproducir la miseria que dice gestionar, asegura su propia supervivencia”.

⁹⁴ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 102-103: “En realidad, este discurso de contraponer eficacia versus garantías no es nada nuevo. La historia conoce muchos discursos similares sustentados en la ‘ideología de la seguridad ciudadana’, ‘el mantenimiento del orden público’, ‘la lucha contra el enemigo’, ‘la guerra preventiva’, etc., etc. Hoy igual que ayer el Derecho penal segrega y excluye a los sectores más desfavorecidos de la Sociedad, supuestamente legitimado por dichos discursos”.

⁹⁵ El nombre de la ley es proveniente de las reglas del béisbol, y significa “en el tercer golpe, estás fuera”.

⁹⁶ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 259.

⁹⁷ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, op. cit., pp 3-4: “How did we get there? Why have crime-related problems assumed such prominence in recent decades, and what accounts for the insistence that harsher punishments and tougher law enforcement are the best response to these complex social problems? Despite its importance, this questions has not been addressed as systematically as one might expect. To the extent that it has been, most analysts have offered a fairly simple explanation: concern about crime and punitive attitudes are widespread because the crime and drug problems have gotten worse. According to this ‘democracy-at-work’ thesis, the increased incidence of criminal behavior has led Americans to demand that their political representatives crack down on criminals; the more frequent use of the death penalty and the adoption of tough three strikes sentencing laws are politicians’ responses to this popular sentiment. In sum, this thesis suggests that the current approach to crime control reflect the worsening of the crime problem and the public sentiment to which this trend naturally gives rise”.

⁹⁸ KARCH, Andrew, CRAVENS, Matthew, “Rapid Diffusion and Policy Reform: The Adoption and Modification of Three Strikes Laws”, in *State Politics & Policy Quarterly*, 2014, Vol. 14 (4) pp. 461-491, p. 462.

norteamericano⁹⁹. Tuvo como marco inicial las repercusiones de algunos delitos graves y violentos, que han tenido importante clamor social¹⁰⁰.

Incluso, todo el sentimiento público que encampó la aprobación legislativa de esas iniciativas permitió su aprobación sin modificaciones de la propuesta, y sin una amplia discusión técnica y experta. O sea: la iniciativa legislativa acabó aprobada sin un análisis criterioso técnico-jurídico, pero con amplio apoyo popular – típico de iniciativas del “ley y orden” y del “Tolerancia cero”^{101/102}.

Así las cosas, a partir de los años 90 hubo un aumento de leyes “*Three strikes*” en casi todo el territorio de los Estados Unidos¹⁰³. Leyes que tenían en común la imposición de penas de prisión prolongadas, a veces perpetua, a partir del tercer delito grave cometido en reincidencia. En algunos estados, siquiera es necesario que todos los tres delitos hayan sido practicados con grave violencia¹⁰⁴.

⁹⁹ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, op. cit., p 96: “By 1994, 30 states had adopted variations of the ‘three strikes and you’re out’ laws that were the centerpiece of the 1994 Crime Bill”.

¹⁰⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., pp. 269-270: “En los últimos años, más de veinticuatro de los cincuenta estados norteamericanos, junto a la legislación federal, han sancionado leyes desarrolladas bajo el eslogan (con claras reminiscencias beisbolísticas) de los «*three strikes and you're out*» («al tercer golpe estás afuera»). Estas leyes afirman pretender asegurarse que los delincuentes habituales o persistentes, reciban la sentencia disponible más alta posible, con independencia de la pena de muerte; esto es, prisión de por vida, sin la posibilidad de una reducción por libertad condicional o *parole* (Austin et al., 1999: 131). En el Reino Unido, el gobierno ha evaluado y propuesto la necesidad de incorporar políticas de este estilo para adultos que fueran condenados tres veces por robos y venta de drogas, y quienes reincidieran por segunda vez en delitos violentos serios (Cavadino y Dignan 1997: 39)”.

¹⁰¹ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 271.

¹⁰² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Un modelo dinámico de legislación penal*, en DIEZ RIPOLLES, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 307 y ss.

¹⁰³ AUSTIN, James, CLARK, John, HARDYMAN, Patricia, HENRY, D. Alan, “The impact of ‘three strikes and you’re out’”, in *Punishment and Society*, Vol 1 (2), pp. 131-162.

¹⁰⁴ CASTIÑERA, Maria Teresa, RAGUÉS, Ramon, “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n. 14 (2004), pp. 59-85, p. 61.

Se han planteado serias dudas sobre la constitucionalidad de esas leyes, con un debate muy controvertido en el seno del Tribunal Supremo norteamericano¹⁰⁵. Está clara la ruptura con el principio de proporcionalidad, especialmente porque las leyes así se cierran mucho más en la peligrosidad de la conducta, no en la retribución por el hecho cometido – ya se ha posicionado el Tribunal Supremo norteamericano que esta ley renuncia al principio de retribución¹⁰⁶. Tratase de un objetivo de intimidación y inocuización, típicos de la teoría del “Tolerancia cero”¹⁰⁷, cuyo significado es mucho más simbólico que efectivo¹⁰⁸.

Al final, el resultado ha sido mucho menor para el Sistema penal que se podría prever. Con excepción de California, donde ha sido aplicada con enorme contundencia¹⁰⁹. Hasta 1998 no el *Federal Bureau of Prisons* informaba que no había ningún prisionero en ámbito federal condenado por esta ley. O sea: el movimiento que hizo ese tipo de ley ha sido mucho más simbólico que real¹¹⁰, lo

¹⁰⁵ CASTIÑERA, Maria Teresa, RAGUÉS, Ramon, “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, op. cit., p. 61 y ss.

¹⁰⁶ CASTIÑERA, Maria Teresa, RAGUÉS, Ramon, “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, op. cit., p. 79.

¹⁰⁷ CASTIÑERA, Maria Teresa, RAGUÉS, Ramon, “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, op. cit., p. 78.

¹⁰⁸ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, op. cit., p 6: “Political outcomes such as three strikes legislation are thus best understood as a product of symbolic struggles in which actors disseminate favored ways of framing social problems and compete to have these versions of reality accepted as truth”.

¹⁰⁹ CHEN, Elsa Y., “Impacts of ‘Three Strikes and You’re Out’ on Crime Trends in California and Throughout the United States”, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Volume 24, Number 4, pp. 345-370, pp. 349-350.

¹¹⁰ CHEN, Elsa Y., “Impacts of ‘Three Strikes and You’re Out’ on Crime Trends in California and Throughout the United States”, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, op. cit., p. 363: “This article’s findings regarding Three Strikes’ impacts in California may disappoint proponents of that state’s approach to Three Strikes. It may, however, provide useful lessons for policymakers to consider in the future. One clear conclusion from the preceding analyses is that the “toughest” sentencing policy is not necessarily the most effective option. The narrowly constructed and seldom-used habitual offender policies adopted in many states appear to produce results comparable to those observed in California”.

que nos lleva a creer que no ha resultado práctico en implemento de seguridad pública¹¹¹.

La verdad es que hubo una verdadera guerra de cifras en cuanto a la disminución de la criminalidad en EE.UU. Es muy difícil valorar los efectos de una ley o de una postura político-criminal para efectos de combate a la criminalidad¹¹².

Lo que sí podemos valorar son los efectos colaterales de la aplicación de esas posturas legales profundamente simbólicas: el aumento de la población carcelaria y gasto en las prisiones¹¹³, el hecho de que la persona acaba cometiendo un delito más grave que cometería como su tercer delito, ya que la consecuencia penal será grave de la misma manera, entre otros^{114/115}.

Aunque nos parezca el tema extremadamente interesante, no nos parece viable hacer aquí una gran inmersión en el tema de las leyes “*Three strikes*”, pues hay muchas cuestiones controvertidas y no es exactamente el tema de nuestro trabajo.

¹¹¹ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 271.

¹¹² CHEN, Elsa Y., “Impacts of ‘Three Strikes and You’re Out’ on Crime Trends in California and Throughout the United States”, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, op. cit., p. 363: “The causes and correlates of rises and declines in crime rates are numerous, diverse, and elusive. Thus, researchers and policy makers must keep in mind that even major changes in sentencing policy may result in only modest impacts on crime rates”.

¹¹³ WINDLESHAM, Lord, *Politics, Punishment and Populism*, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 68-69.

¹¹⁴ CASTIÑERA, Maria Teresa, RAGUÉS, Ramon, “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, op. cit., p. 81 y ss.

¹¹⁵ CHEN, Elsa Y., “Impacts of ‘Three Strikes and You’re Out’ on Crime Trends in California and Throughout the United States”, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, op. cit., p. 365.

Lo que sí nos parece esencial es dejar claro que tratase de unos de los más extremos experimentos de Política criminal populista¹¹⁶. Lo que a nosotros nos interesa, al menos en ese trabajo, es el impacto simbólico¹¹⁷ de las legislaciones “*Three strikes*”, y sus caracteres populistas – tratase mucho más de un ejemplo del populismo punitivo muy claro, y que tuvo gran influencia, incluso en Europa continental y Latinoamérica, especialmente por su base teórica, y que continua actual¹¹⁸.

En definitiva, son concreciones legislativas como las leyes “*Three strikes*” que conllevan los reclames populares a la práctica del control al delito, usando una estrategia de neutralización o inocuización de los delincuentes (especialmente, en ese caso, de delincuente habituales). Tratase de un ejemplo

¹¹⁶ ZIMRING, Franklin E., HAWKINS, Gordon, KAMIN, Sam, *Punishment and democracy*, Three Strikes and You’re Out in California, Oxford University Press, New York, 2001 p. 3: “Our general conclusion is that Three Strikes was an extreme example of a populist preemption of criminal justice policy-making. No outside proposal would be likely to soon march through the legislative process untouched by human hands again. But the processes that left the state vulnerable to this blitzkrieg also produced structural changes in California’s government that lessen the insulation between popular sentiment and specific criminal justice policy. This change may be much broader than Three Strikes, much more wide-spread than one state, and a partial explanation for large recent increases in scale of penal confinement across the United States (Shogren 1995)”.

¹¹⁷ ZIMRING, Franklin E., HAWKINS, Gordon, KAMIN, Sam, *Punishment and democracy*, Three Strikes and You’re Out in California, op. cit., pp. 27-28.

¹¹⁸ GARCÍA ARAN, Mercedes, BOTELLA, Joan (directores), *Malas Noticias*, Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 51-52: “Esto puede no ser del todo inocente. En el marco de las tendencias políticas vividas en la última década, y que hemos presentado en la Introducción, la generación de un clima ciudadano de intensa preocupación por la criminalidad justificaría la adopción de políticas más intensamente represivas, de establecimientos de tecnologías de vigilancia generalizada, de agravación de las penas, etc. La preocupación por el “orden público”, por la anglosajona “*law and order*”, que había sido un terreno favorable a las derechas políticas, se ha visto recientemente invadido por las izquierdas, o al menos por el centro-izquierda. Valgan por todas las medidas adoptadas en la presidencia Clinton en Estados Unidos, especialmente la aplicación íntegra y no revisable de las penas para los delincuentes reincidentes (“*three strikes and you’re out*”, es decir, “tres golpes y te vas”, máxima utilizada en el béisbol y que el Departamento de Justicia extendió al ámbito penal). Ni que decir tiene que los atentados islamistas de septiembre de 2001 contra Nueva York contribuyeron a agravar, simultáneamente, la preocupación ciudadana y la intensidad de las medidas de vigilancia, control y represión en todos los países occidentales”.

claro del populismo punitivo¹¹⁹, de la presión de los medios de comunicación en busca de algo que pueda intentar disminuir la alarma social^{120/121}

Así las cosas, en la Política criminal anglosajona hubo serios aportes del populismo. Y hoy, con la elección de Donald TRUMP a la presidencia de Estados Unidos, ese viene reciclando algunas posturas del “Ley y orden”, pareciendo se haber inspirado especialmente en las políticas de NIXON, casi 50 años atrás. El tema de la convención del Partido Republicano, antes de su elección a la presidencia – “*Make our Country Safe Again*” (Hagamos nuestro país seguro de nuevo) es una clara muestra de sus intenciones populistas basadas en esas doctrinas de combate a la delincuencia – o de demostrar que se combate la criminalidad para dar respuestas a la sociedad^{122/123}.

¹¹⁹ ROBERTS, Julian V., STALANS, Loretta J., INDEMAUR, David y HOUGH, Mike, *Populism and public opinion, Lessons from five countries*, op. cit., p. 3.

¹²⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El populismo penal (Análisis crítico del modelo penal securitario)”, *Jueces para la democracia*, n. 58, marzo, 2007, Madrid, pp. 43-71, p. 64.

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, op. cit., pp. 142-143: “La vinculación de la idea de inocuización con el positivismo criminológico había determinado su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo. Frente a ello, como es sabido, la inocuización (*incapacitation*) nunca estuvo fuera de la discusión norteamericana en relación con los fines de la pena. Muy al contrario, al tratarse allí de un debate en el que la ponderación de costes y beneficios económicos ha desempeñado siempre un papel relevante, también ha subsistido la disposición a considerar argumentos que justificaran la utilidad de la inocuización de determinados grupos de delincuentes. En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes «*three strikes*»; el Otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuización selectiva (*selective incapacitation*). Pues bien, ésta es, como los fenómenos comentados en páginas anteriores, la manifestación de una visión «administrativizada» de la intervención del Derecho penal”.

¹²² POLITICO MAGAZINE, History dept., *How Trump is Recycling Nixon's Law and Order Playbook*, Almost 50 years ago, Nixon used fear of crime to tap into a broad array of popular anxieties. Today, even with crime at all time lows, Trump's trying the same: <http://www.politico.com/magazine/story/2016/07/donald-trump-law-and-order-richard-nixon-crime-race-214066>, c. 12/04/2017.

¹²³ FIVETHIRTYEIGHT, Politics, *From Wallace to Trump, The Evolution of the “Law and Order”*: <https://fivethirtyeight.com/features/from-wallace-to-trump-the-evolution-of-law-and-order/>, c. 12/04/2017.

III.- Países continentales europeos

El populismo está también muy presente en la Política europea^{124/125}. Para muchos políticos, es siempre una gran tentación, ya que la gente anda tan poco satisfecha con los gobiernos, que no hacen esfuerzos suficientes para generar esa relación con el pueblo, se dan pasos largos hacia el populismo¹²⁶. Como ya hemos dicho, eso puede no ser de todo malo, ya que el ciudadano es el auténtico sujeto participativo de los gobiernos¹²⁷, pero en general significa la instrumentalización del pueblo para obtener éxito en proyectos personales o de determinado grupo¹²⁸.

¹²⁴ LUKACS, John, *Democracy and populism: Fear and Hatred*, Yale University Press, New Haven, 2005, p. 56 y ss.

¹²⁵ RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos, Prólogo, en KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 5: “Visto desde España, el texto tiene un mérito adicional, porque socava el habitual paternalismo europeo a la hora de analizar América Latina, paternalismo merced al cual en Europa jamás aceptaríamos que alguien pretendiese cambiar la sociedad aquí sin democracia y a tiros, pero a muchos les fascina el Che Guevara... en Cuba. Es como si la distancia y el pintoresquismo mitigasen su vocación criminal y totalitaria.

Las páginas que siguen ponen el dedo en la llaga: no es verdad que el populismo sea una peculiaridad virtualmente genética y exclusiva de los latinoamericanos, derivada de un deficiente marco institucional y, por tanto, sin posibilidad alguna de enraizar en la vieja y civilizada Europa. Falso de toda falsedad: tenemos populistas en varios países europeos, y en España, para colmo, los tenemos apoltronados en el poder, en una meteórica carrera ascendente cuyo final no es posible prever. En cambio, en la supuestamente atrasada América Latina los pueblos hace poco han dado la espalda al populismo en países tan emblemáticamente asociados con él como Venezuela, Bolivia o Argentina”.

¹²⁶ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 73-74: “¿Triunfará el populismo en Europa? Seguramente que sí. No necesariamente de forma inmediata. No obligatoriamente en los próximos meses, ni años. Tampoco lo de los nazis fue llegar y besar el santo. Desde que nuestro amigo Adolf se liara a tiros en Múnich hasta que varios millones de alemanes, a los que habría que erigir un monumento a la estupidez colectiva, le convirtieran en el líder del partido más votado de Alemania pasaron más de diez años. Y por el camino tuvo lugar la peor crisis económica que tal vez el capitalismo haya jamás visto. El desarrollo e hipotético triunfo del populismo en Europa dependerá, en gran medida, de cómo vaya la economía y de cómo reaccione la política oficial (la de los partidos tradicionales) ante dichos desarrollos económicos. Si se siguen recortando derechos sociales y empobreciendo a las clases medias, el populismo subirá como la espuma. Y creo sinceramente que, al encontrarnos en un ciclo político de corte conservador (remito aquí a *El grito de Casandra*), se tomará el camino que más beneficiará al populismo. No es que los políticos actualmente en el poder deseen semejante advenimiento, pero nadie dijo que sean muy listos o que valen por los intereses de los ciudadanos a los que dicen representar”.

¹²⁷ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., p. 123.

¹²⁸ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., p. 125: “La democracia exige participación real de las masas en el control de las decisiones y en los rendimientos de la producción; sin esa participación real no hay sociedad democrática. Frente a ella, una participación ficticia, en diferentes grados y niveles (desde absolutamente irreal a

La gran cuestión enfrentada hoy en esos términos es si se puede hablar de una “democracia populista”. En la Europa traumatizada por la II Guerra Mundial, donde tuvo lugar uno de los más emblemáticos gobiernos populistas de la historia – el del nacionalsocialismo alemán, es difícil conseguir conjeturar una posibilidad del populismo como forma democrática^{129/130}, pero la historia es imprevisible, y no es difícil imaginar la toma del poder por líderes populistas en nuestro siglo, además que vivimos en una sociedad donde el miedo es latente¹³¹.

Ya hemos visto que el populismo puede tener fundamentos distintos. Como nuestro objetivo es llegar a la Política criminal populista, tratemos más el

claramente insuficiente) aparece como característica central de las sociedades no democráticas. Ambas situaciones —real y ficticia— deben entenderse no como esencias cerradas e incommunicables, sino más bien como polos de una escala graduable y mensurable”.

¹²⁹ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 39-41: “No es casualidad (lean a Berlín y sus acertadas opiniones acerca de los riesgos de los ideales y, particularmente, del ideal de razón) que fuera la nación de Goethe la que vendió su alma al gran satán mefistofélico que fue el líder nazi. Consecuencias del idealismo alemán y de tomarse a Kant demasiado en serio. Como si de Fausto se tratara, el pueblo tal vez más culto e ilustrado de Europa se arrojó en manos de la promesa sencilla como terrible que se les hizo: el alma a cambio del mundo. Dieron su alma. Y la perdieron tanto a ella como al mundo.

Pero fue tan hermoso. Quien lo niegue es que no es capaz de ponerse en la piel de aquellos hombres y mujeres. Tras años de privaciones, de pobreza y de humillaciones de repente eran los amos del mundo. Los señores. La aristocracia. El todo. Sus botas pisaban los campos de la Tierra y el miedo les precedía. El totalitarismo es un monstruo. Pero un monstruo bello. Pues los verdaderos monstruos, las peores criaturas creadas por el alma humana, no son feos y horribles. Por el contrario, son hermosos y atrayentes. Ahí precisamente radica su peligro. Nadie sospecha de la belleza. Tan vacíos estamos. Tan superficiales somos”.

¹³⁰ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 53-54.

¹³¹ LUKACS, John, *Democracy and populism: Fear and Hatred*, op. cit., pp. 215-216: “History is unpredictable. It is full of examples where two apparent alternatives fade and are superseded by other matters. So far as politics and power go, most democracies are now fearful enough to reject extremes and their proponents (often at the cost of considerable legal legerdemain, but that is not the point). Fear and hatred are prevalent among us, manifest and evident in the increasing savagery – ‘savagery’ is the proper word, not ‘violence’ – in and around our everyday lives. Fear and hatred are human characteristics, and we shall never be able to eliminate them entirely. We must recognize not only their existence but their latent – and often more than latent – presence among those who wish to wield power. Whether some of them will be actually able to achieve power depends on many matters, most of them unpredictable, and seldom visible among the ever more complicated and manipulated appearances of politics and powers in this age of mass democracy. It depends whether and how the devolution of democracy into populism proceeds in the twenty-first century”.

populismo como una degeneración de la democracia misma¹³², aunque – como hemos visto – tenga raíces próximas del propio régimen democrático – que obviamente no es perfecto¹³³. Degeneración porque una vez ganada las elecciones, acaba se transformando en un proyecto de poder propio, con una agenda exclusiva en torno de un determinado fin¹³⁴.

Está claro que el término “populismo” ha sido usado con muchos significados en contextos históricos y geográficos distintos¹³⁵. El fascismo, el nazismo, el nacionalismo, el régimen soviético, tienen rasgos y contenidos muy diferentes, pero el común es que no es una ideología, sino una estrategia política para obtener y sostenerse en el poder¹³⁶.

Si algo funciona mal, el populismo viene como una “solución”, pues las masas se identifican con los problemas, y soluciones sencillas les vende bien,

¹³² RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 47-49: “¿Qué entiendo por populismo? No el mero hecho de mentir a los ciudadanos o decirles aquello que quieren oír. Eso no es populismo, es simple demagogia y la practica todo político de todo partido desde que el mundo es mundo. El populismo es mucho más que engañar a los votantes. El populismo es una reformulación del modelo político imperante en el presente en Occidente. Es el intento de substituir la democracia liberal por una nueva forma de gobierno que gire alrededor de la relación entre el gobernante carismático y la ciudadanía entendida como un todo uniforme (el pueblo) al que se llame a la constante acción política. El populismo es una ideología alternativa a la democracia representativa que busca eliminar o vaciar de contenido el entramado institucional de controles, garantías y equilibrios democráticos, al que considera decadente y poco representativo de los verdaderos intereses del pueblo, substituyéndolo por la preeminencia de un Poder Ejecutivo que, legitimado por una constante apelación al pueblo (generalmente mediante instrumentos de democracia participativa a la que, por el uso instrumental que se le da, más valdría llamar democracia plebiscitaria o populista), pasa a actuar como único poder real liberado de todo control ya parlamentario, ya judicial. Dado que la democracia moderna no surge tanto para dar poder al pueblo, sino para limitar el poder y garantizar las libertades individuales (con la propiedad a la cabeza), la demolición de la estructura de poderes interconectados y mutuamente controlados que lleva sistemáticamente a cabo el populismo no conduce a otro destino sino a la destrucción de la democracia liberal y a su substitución por un modelo caudillista carismático que basa su legitimidad no tanto en la Constitución, en la ley y en la razón, sino en la voluntad del pueblo (el constituyente siempre activo) y en los golpes de emotividad decisoria del mismo azuzados desde el Ejecutivo”.

¹³³ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., p. 21 y ss.

¹³⁴ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 187.

¹³⁵ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 180.

¹³⁶ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 40-41.

pues quieren respuestas a sus demandas¹³⁷. En España¹³⁸, así como en Europa, se puede ver muy fácilmente, en la actualidad, propuestas populistas que se explican muy sencillamente, pues la explicación esta justamente en las rupturas que proponen: el Podemos¹³⁹, anclado en la crisis económica, el paro y la corrupción política; y la propuesta de ruptura de los nacionalistas¹⁴⁰, de cuño independentista¹⁴¹.

Se trata de contraponer, de manera emocional, los “malos” a los “buenos”, con la idea de representar el pueblo. Los populistas quieren ocupar el Estado, hacerse con el poder y representar las masas¹⁴². Pero, la democracia es distinta, aunque tenga muchos defectos y fragilidades, es racional y argumentativa¹⁴³ – el Estado democrático¹⁴⁴ es un conjunto de órganos sometidos a normas jurídicas, con mecanismos de control entre ellos, lo que significa jugar conforme las reglas de la propia democracia¹⁴⁵.

La Democracia no es solo el “poder del pueblo”, como quiere el populismo. Las decisiones no son producto de una sola voluntad, sino de un proceso. Es un engranaje complejo, no un simple instrumento para atender a los intereses de un representante que se hace creer el destinatario de las voluntades del pueblo¹⁴⁶. Así, el Estado populista tiende a ser totalitario, haciendo lo que conviene oportunamente a los que están en el poder¹⁴⁷;

¹³⁷ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 89.

¹³⁸ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 41 y ss.

¹³⁹ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., p. 93 y ss.

¹⁴⁰ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁴¹ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁴² KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 12 y ss.

¹⁴³ RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, op. cit., p. 100 y ss.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, traducción de Juan Carlos VELASCO ARROYO y Gerard VILAR ROCA, Paidós, Barcelona, 1999.

¹⁴⁵ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.

¹⁴⁶ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, 8ª edición, Tauros, Madrid, 1983.

¹⁴⁷ YLARRI, Juan Santiago, Populismo, crisis de representación y democracia, *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 1, 2015.

Hay tendencias populistas en Europa, sea de izquierdas, sea de derechas. Muy claro a respecto es la entrevista de la política belga Chantal MOUFFE, al periódico “*The European*” donde defiende la necesidad del populismo, independiente se es de izquierdas o de derechas¹⁴⁸.

La verdad es que podríamos profundizar en varios perfiles y matices del populismo europeo, desde la época nazi-fascista, pasando por los populismos de izquierdas, llegando al resurgimiento de la extrema derecha, como empieza a aparecer en Francia o Holanda¹⁴⁹, o incluso podríamos tratar de perfiles distintos del populismo de acuerdo con la localización geográfica de cada país. Pero nuestro objetivo aquí es demostrar la influencia del populismo en el Sistema penal.

Ya hemos visto que hubo un momento en la Política criminal anglosajona donde se desarrolló propuestas claramente securitarias, que han cruzado el Atlántico y llegado a Europa. Ahora bien, ese debate sobre los riesgos actuales de la sociedad postmoderna ha desarrollado un creciente interés por la idea del Estado penal, en lugar del Estado del bienestar, y la permisividad por el eficientismo policial, la rudeza, las sanciones duras¹⁵⁰.

Así como en las políticas basadas en “Ley y Orden”, se lleva a cabo una estrategia que consiste en aplicación de segregación de las áreas de riesgo. Eso se desarrolla especialmente como una política populista, intentando dar una

¹⁴⁸ THE EUROPEAN ONLINE, European Elections Special, “*Populism is a necessity*”, <http://en.theeuropean.eu/chantal-mouffe--3/7859-fighting-right-wing-populism-in-europe>, c. 24/02/2017.

¹⁴⁹ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2012.

¹⁵⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 102.

respuesta rápida a las masas alarmadas por el miedo al delito – fenómeno que se volta a buscar la adhesión de los ciudadanos a un proyecto político¹⁵¹.

Hay muchas formas como son construidos los miedos que encampan ese sentimiento general de inseguridad. El fuerte apelo mediático que tiene la criminalidad y como se explotan los crímenes especialmente violentos en los medios de comunicación, la elección de determinados enemigos, la espectacularización¹⁵².

Ese miedo es aprovechado por los populistas en la construcción de un modelo de seguridad ciudadana, emotivo, y ampliamente populista, con clara inspiración en los modelos “Tolerancia cero” de los países anglosajones¹⁵³. Para una comprensión de como eso se dio en el contexto europeo, hay que volver al contexto desde la posguerra y el miedo hacia el extranjero, el inmigrante. Hay una paradoja creciente entre el constitucionalismo social europeo – y el propio

¹⁵¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., pp. 107-108.

¹⁵² Véase a respecto la descripción de algunos casos como de Rocío Wanninkhof, caso Tani, caso Army, caso de las niñas de Alcácer en SANZ MULAS, Nieves, *Justicia y medios de comunicación: Un conflicto permanente*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, op. cit., pp. 1-3.

¹⁵³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., p. 108: “Así, algunas características del componente autoritario de la política de seguridad han sido criticadas por conducir a un populismo creciente. Esto se pone en evidencia que en las últimas décadas en todo el mundo occidental porque ha habido el mismo fenómeno: un fuerte aumento de la politización del Derecho penal, acelerada por medios de comunicación de masas populistas unilateralmente sesgadas. La opinión pública quiere ver resultados rápidos, y a ello los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica e introduciendo medidas legislativas simbólicas. Esta es la tendencia seguida en el campo de la criminalidad clásica, donde la cultura penal ha sabido transmitir su sentido de frustración al sistema social, que, en este tema, hoy políticamente candente, pone en escena una política criminal puramente demostrativa, de estabilización social de las necesidades de seguridad a través del aumento simbólico de los marcos de la pena y del endurecimiento del régimen penitenciario. Para compensar con una especie de compromiso, el sistema social ha arrancado a la cultura penal, pero un sistema penal reelaborado para la ocasión de una especie de microsistema paralelo debidamente desviado hacia vías periféricas de la red de garantías, pero claramente dirigido hacia la efectividad a cualquier precio”.

Estado social, de que ya tratamos en capítulos anteriores – y el control social más selectivo y duro^{154/155}.

Vemos que muchas veces, la inmigración en Europa es elegida como el tema de mayor inseguridad social. Los enemigos internos son los inmigrantes¹⁵⁶, que, por su búsqueda por oportunidades de vida, terminan en la informalidad del mercado negro¹⁵⁷, en zonas de mayor conflictividad social, y los medios se encargan de ponerlos como los destinatarios del endurecimiento penal, la

¹⁵⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordinación), *El populismo punitivo*, Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005) en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., pp. 23-24: “Pero volvamos ahora a Europa. Ya antes de todos estos últimos acontecimientos, la caída de las ‘grandes naciones’, la paulatina difuminación del trabajo como elemento fundacional de algunos estados europeos de la segunda posguerra mundial y otros elementos del presente, configuraban un panorama preocupante. Una situación semejante empezó así a abonar el terreno para las respuestas políticas al miedo, al riesgo, a la inseguridad: el miedo al ‘otro’ extranjero está provocando una conflictividad social en Europa que es ‘respondida’ por las agencias estatales con políticas de inmigración restrictivas y con legislaciones que parecen reservarse el ‘derecho de admisión’ de ciertos extranjeros en los estados europeos. El cuadro de las migraciones en Europa del nuevo milenio dibuja – paradigmáticamente – un tipo de subjetividad que cada vez más es atajada con las instancias más duras del control estatal. Pero en Europa, además, desde hace décadas, todo ello se cruza con otro problema.

Es sabido que, tras la Segunda Guerra Mundial, Europa inauguró el movimiento del llamado *constitucionalismo social*. Emblemáticas en tal sentido fueron las constituciones alemana e italiana. Poco tiempo después, la mayoría de los países europeos emprendían sus procesos de reformas penitenciarias bajo aquel firmamento constitucional indicado. La resocialización – la prevención especial positiva – se erigía en finalidad suprema de las ‘nuevas’ penas privativas de libertad. Mas, contemporáneamente a ello, los fenómenos de la violencia política y el terrorismo también irrumpían en Europa y, para atajarlo, los estados recurrieron a unas legislaciones, y a unas prácticas antiterroristas que fueron después conocidas con el nombre de la ‘cultura de la emergencia y/o excepcionalidad penal’. Veamos un poco en qué consistió semejante ‘cultura jurídica’”.

¹⁵⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., p. 109: “Desde estos planteamientos, la gestión estatal de la inseguridad, se caracteriza por una oferta de endurecimiento del control social como respuesta a la alarma social, que se manifiesta a través de reformas jurídicas y policiales de mayor corte represivo, como por ejemplo el auge de los modelos de tolerancia cero frente a los de policía comunitaria, las reformas endurecedoras de los códigos penales o las legislaciones de ley y orden que establecen conductas sancionables muy amplias con el fin de permitir a los poderes públicos seleccionar, el amparo de una norma, el sector social a presionar en cada momento. Mediante la generación de alarma social se pretende delimitar a un supuesto enemigo y cumple una función de cohesión social, que tiene a ocultar cuando menos, a rebajar la conflictividad derivada de todo un conjunto de otros factores de inseguridad social”.

¹⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas*, La modernidad y sus parias, traducción de HERMIDA LAZCANO, Pablo, Ediciones Paidós, Barcelona, 2005, p. 77.

¹⁵⁷ EL PAÍS, Suplemento Domingo, *Los discursos del miedo*, 5 enero de 2003, http://elpais.com/diario/2003/01/05/domingo/1041742360_850215.html, c. 04/05/2017.

exclusión social¹⁵⁸ y la categoría de riesgo¹⁵⁹, eso para agradar las masas, habiendo un fenómeno claro de atendimiento a las demandas sociales y opinión pública¹⁶⁰ con la Política criminal populista¹⁶¹.

Hay por tras de eso un cambio paradigmático en la comunicación política, que podemos decir una “americanización” del modelo comunicativo. Esto está claro en España¹⁶², pues los ciudadanos se ven arrastrado a una relación con los políticos donde se ha vaciado las referencias ideológicas, minimizando la relación partidaria, y le transformando en una retórica de persuasión, donde parte del contenido – populista, por supuesto – es claramente punitivista¹⁶³, y eso no pasa solo en España^{164/165/166}. Hay una clara relación entre los canales mediáticos

¹⁵⁸ BRANDARIZ GARCÍA, José Angel, *Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., pp. 142.

¹⁵⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, op. cit., p. 481 y ss.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, La transformación estructural de la vida pública, traducción de DEMÉNECH, Antonio, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1994, p. 261.

¹⁶¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., pp. 109-110.

¹⁶² DADER, José Luís, “La retórica mediática frente a la cultura política autóctona: la encrucijada de la comunicación política electoral española entre la ‘americanización’ y el pluralismo democrático tradicional”, en *Cuadernos de Información y Comunicación*, 4: pp. 63-87, 1999, p. 66: “Desde el comienzo de nuestra actual fase democrática, en 1977, la vida política en España ha venido sufriendo, en efecto, un proceso de ‘americanización’ o, lo que a veces significa lo mismo, de adatación a la lógica autónoma y las demandas de los medios de comunicación de masas. En consonancia con ellas, la retórica discursiva y estrategias de persuasión/captación de la adhesión política puestas en juego por los dirigentes de la acción política española se ha volcado abrumadoramente sobre las plataformas mediáticas y ha centrado en dichos modos de representación (declaraciones a los medios, creación de estudiosos acontecimientos noticiosos, publicidad política y construcción de imagen pública) la mayor parte de sus esfuerzos. La comunicación política, ha tendido a equipararse con ese ámbito mediático de las representaciones de la acción política, como si otros escenarios comunicativos de, por y para la política (discusión parlamentaria, jurisprudencia, actuación administrativa, socialización política interpersonal...) fueron ya cauces marginales o sólo relevantes en los momentos coyunturales en que suscitan una cobertura mediática”.

¹⁶³ DADER, José Luís, “La retórica mediática frente a la cultura política autóctona: la encrucijada de la comunicación política electoral española entre la ‘americanización’ y el pluralismo democrático tradicional”, op. cit., p. 65.

¹⁶⁴ DAEMS, Tom, “Engaging with penal populism, the case of France”, *Punishment & Society*, Vol 9 (3): pp. 319-324.

y la política: los gobernantes utilizan los medios para adquirir popularidad y prestigio público¹⁶⁷. Eso sin hablar en las figuras de los llamados *Spin Doctors* que acaban teniendo grande protagonismo en la comunicación de los profesionales de la política¹⁶⁸.

Eso todo no es tan novedoso así, como ya hemos dicho. En los regímenes totalitarios europeos, especialmente los que tenían rasgos populistas, no se garantizaba la protección de los principios basilares del Derecho penal – los ciudadanos estaban sometidos al propio Estado. La diferencia es que, hoy, esa restricción a derechos fundamentales está dirigida a determinados grupos sociales¹⁶⁹.

Lo que llama la atención hoy es que no hay duda que la mayoría de los Estados europeos configuran un régimen democrático (al menos hasta que el

¹⁶⁵ VAN SWAANINGEN, René, Public safety and the management of fear, *Theoretical Criminology*, op. cit., pp. 289-305, pp. 302-303.

¹⁶⁶ THAM, Henrik, “Law and order as a leftist project? The case of Sweden”, *Punishment and Society*, op. cit., p. 422.

¹⁶⁷ DADER, José Luís, “La retórica mediática frente a la cultura política autóctona: la encrucijada de la comunicación política electoral española entre la ‘americanización’ y el pluralismo democrático tradicional”, op. cit., p. 67 y ss.

¹⁶⁸ AIRA FOIX, Toni, *Los spin doctors*, Cómo mueven los hilos los asesores de los líderes políticos, Editorial UOC, Barcelona, 2009, p. 13: “La expresión *spin doctor* es un término anglosajón utilizado para referirse a los estrategas y asesores de comunicación de los profesionales de la política. Esta denominación se empezó a popularizar a principios del siglo XX, cuando servía para denominar a los agentes de prensa, también conocidos como *publicity* o relaciones públicas de aquellos años. En su acepción originaria, *to spin* significa ‘hilar’ o ‘cambio de sentido’, y aplicado al deporte, ‘golpe de efecto’ o ‘manipulación’. En los primeros tiempos, estos agentes de prensa actuaban en situaciones especiales al servicio de sus clientes – gente de la política, del mundo del espectáculo y del deporte – de manera muy agresiva y con la intención de aumentar su notoriedad. Con los años, la especialización de esta figura a la hora de incorporar mensajes en los medios y su habilidad para componer el retrato mediático de sus representados les ha hecho pieza imprescindible en el día a día de todo líder político.

Así pues, en política, cuando se habla de *spinning* nadie se refiere a una actividad dirigida de aquellas que se programan en los gimnasios. Aun así, hace sudar, sobre todo a los periodistas que se ven implicados. El *spinning*, en política, es la actividad propia de los *spin doctors*, unos actores que ganan peso en un contexto cada vez más colonizado por el *marketing* y por la influencia determinante que ejercen los medios de comunicación. En los EE.UU. hace mucho que su papel se reconoce como determinante. Países de Europa, como el propio Reino Unido, no se han quedado atrás. Y en Cataluña, con ‘la retirada’ de Jordi Pujol y su progresivo relevo por una nueva generación de políticos, empezó a tener notoriedad pública”.

¹⁶⁹ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, op. cit., p. 23 y p. 52 y ss.

populismo les transforma en totalitario), y eso los hace seguir los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho y los principios basilares de la Política criminal. Sin embargo, estos postulados tienden a ser relajados¹⁷⁰, en una Política criminal con un expansionismo populista y sin frenos¹⁷¹, dejando de ser la “barrera infranqueable del Derecho penal” o la Magna Carta del delincuente, convirtiéndose en sinónimo de lucha contra el delito¹⁷². En España está clara la recepción político-criminal de esa intolerancia hacia el delito – de la *Criminología de la Intolerancia* anglosajona, y emergencia/excepcionalidad continental europea¹⁷³ – cuyo camino emprendido está claro a partir de los cambios legislativos de 1995 y siguientes¹⁷⁴.

Se ha incorporado en las legislaciones españolas post 1995 los enfoques sociológicos de la *Sociedad del riesgo*, a que ya nos referimos en los capítulos anteriores – hay un verdadero cambio de paradigma político-criminal¹⁷⁵, en una búsqueda por el modelo securitario – o de la seguridad ciudadana¹⁷⁶.

¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., p. 36: “Para esta postura, aparentemente, la política criminal oficial no persigue ninguno de los fines materiales de legitimación a los que se afirma servir. Eso sí, se pretendería con ella un fin instrumental: la obtención y mantenimiento del poder, para lo que se trataría incluso de provocar el incremento de los miedos sociales ante la criminalidad y los delincuentes”.

¹⁷¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., p. 114.

¹⁷² CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, Editorial UOC, Barcelona, 2009, p. 78.

¹⁷³ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordinación), *El populismo punitivo*, Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005) en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p. 35.

¹⁷⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordinación), *El populismo punitivo*, Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005) en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p. 39 y ss.

¹⁷⁵ RANDO CASERMEIRO, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 1/2010, Barcelona, p. 4.

¹⁷⁶ RANDO CASERMEIRO, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, op. cit., p. 22.

Muchas leyes penales reaccionan a la desintegración social, para compensar la falta de acuerdo social normativo. La sociedad, alarmada, reclama por leyes más duras, y los políticos, interesados en votos y popularidad, les dan lo que quieren. El panorama populista empieza justamente por las legislaciones penales¹⁷⁷. Así las cosas, la “lucha contra el delito”, la emergencia y excepcionalidad típicas del Populismo punitivo dan a los políticos el pragmatismo necesario para mantenerse en el poder¹⁷⁸.

Bajo esa característica de la Política criminal de excepción muy utilizada por los gobiernos continentales europeos en la actualidad, se desarrollan tendencias político-legislativas que tienen la temática de la seguridad y, igual como se desarrolló en los países anglosajones, es característica tanto de las derechas, como de las izquierdas¹⁷⁹. El Derecho penal – a través de la Política criminal populista – se ha convertido en un *arma política*¹⁸⁰.

El Código Penal español de 1995 ha nacido con bastante carga del Derecho penal simbólico, con cierta inflación tipificadora¹⁸¹. Ahora bien, no haremos un recorrido largo sobre la legislación española a partir de 1995, pues lo que pretendemos es a penas trazar un panorama general de la situación de las cosas. Nos remitimos a la investigación del Observatorio del Sistema Penal y los

¹⁷⁷ HERZOG, Felix, *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLO, en *Revista Penal*, año 2, número 4, Editorial Praxis, Barcelona, 1998, p. 56.

¹⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfried y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, op. cit., pp. 35-36.

¹⁷⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, op. cit., p. 469: “En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal”.

¹⁸⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, op. cit., p. 472.

¹⁸¹ RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel, “La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-238, tomo 5, pp. 1-18, p. 11 y ss.

Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, con la coordinación de Iñaki RIVERA BEIRAS, que hizo un análisis de ese estado de cosas en la legislación española, habiendo investigado cada ley que posee características de seguridad ciudadana en ese país. Tratase de un ejemplo especialmente interesante de la situación de cosas actual en Europa¹⁸².

Tras el examen de las numerosas leyes emprendidas en el trabajo citado arriba, se ve que, en Europa, especialmente en España, fue recibido por el ordenamiento jurídico las transformaciones sociales y las paradojas del mundo postmoderno – la sociedad del riesgo. Hay un claro recrudecimiento de la Política criminal, especialmente influenciada por los medios de comunicación y la victimización social¹⁸³.

La agenda política es elemento central para el desarrollo de políticas públicas, y así de la Política criminal. Tratase del mensaje que los políticos pasan a la sociedad, concretada a través de legislaciones. Quizá por ser un problema sensible, las políticas públicas en el tema criminal son las primeras a tener concreción, especialmente en el ambiente populista. El recrudecimiento es claro, por el inmediatez exigido por las masas en términos de solución a la delincuencia¹⁸⁴.

¹⁸² RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordinación), *El populismo punitivo*, Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005) en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit.

¹⁸³ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordinación), *El populismo punitivo*, Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005) en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p. 157: “En España, también los acontecimientos últimos, por citar sólo los más recientes, parecen incardinarse en las direcciones apuntadas. El primero se vincula con las reformas del CP (el ‘Código de la Democracia’, estrenado hace nueve años), con el fin de ‘erradicar físicamente de las calles a los más graves infractores’ (tal y como anunció quien era entonces ministro del Interior, Mariano Rajoy) a través de drásticos agravamientos de penas en casos de multirreincidencia, imitando el debate estadounidense de los *three strikes and you are out*, pese a los reclamos de inconstitucionalidad en que semejantes medidas pueden incurrir. Inmediatamente veremos algunos detalles de cuanto se acaba de mencionar”.

¹⁸⁴ GARCÍA ARAN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Discursos mediáticos y reformas penales e 2003*, en GARCÍA ARAN, Mercedes, BOTELLA, Joan (directores), *Malas Noticias*, Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 155.

Hay también, en la revalorización de los componentes aflictivos de la incorporación de temas de seguridad, y el combate a la inseguridad, una tentativa del Estado – al clamar una “solución” a la delincuencia y el desorden – un carácter de reafirmación de su soberanía. Simbólicamente, reafirma el control del territorio y de sus ciudadanos refleje no solo la ansiedad del pueblo y las respuestas populistas, sino que también la propia voluntad del Estado en demostrar capacidad de gobernar¹⁸⁵.

En definitiva, así como en los países anglosajones, también la Europa continental tuvo su momento de *welfare*, del Estado de bienestar - especialmente en la postguerra, por la necesidad de seguridad¹⁸⁶.

Y la quiebra de ese estado de cosas ha llegado con una fuerte sensación de inseguridad, que con el impulso de la ansiedad de las masas y de los medios de comunicación, provocó en los políticos movimientos de implantación de control social más fuerte, con leyes restrictivas. Tratase de una crisis entre los derechos fundamentales y la necesidad de hacer frente a la delincuencia¹⁸⁷.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas*, La modernidad y sus parias, op. cit., p. 79: “Y los gobiernos e hoy en día (nacionales, redefinidos como locales en la era de la globalización) están ‘buscando esferas de actividad en las cuales poder afirmar soberanía’ y demostrar en público, y de manera convincente, que así lo han hecho”.

¹⁸⁶ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 98-99.

¹⁸⁷ BERGALLI, Roberto, *Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho*, Conflictos instrumentales entre Administración y jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del “sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria), en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, op. cit., p. 52: “Sin embargo, a mí me parece que toda esta situación es asimismo un reflejo de la inserción española en la situación en que se encuentran todas las sociedades post-industriales, o sea de quiebra del *welfare* que atraviesa el centro del único orden mundial implantado. Gobernar la crisis que esta situación ha provocado, supone una restricción de libertades (¡ahí está como muestra la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana española!) y un aumento de la discrecionalidad administrativa, mas también permite hacer con el control de la criminalidad un uso político del ‘pánico moral’, tal como ha ocurrido en Gran Bretaña en la era thatcheriana (cfr. Hall *et al* 1978)”.

La verdad es que el Derecho penal no es el instrumento adecuado para saciar el hambre por punición de las masas. O, al menos, no debe ser el único instrumento utilizado. El clamor por vehemencia hace con que el recrudecimiento de los instrumentos penales flexibilice garantías. Esos son los efectos del populismo en las políticas públicas, especialmente en la Política criminal. El “Tolerancia cero” está presente en los países continentales europeos, de una manera de cierta forma modificada – especialmente en cuanto a los destinatarios –, pero las líneas europeas imitan en mucho los modelos norteamericanos¹⁸⁸.

El concepto estadounidense de prevención y seguridad se ha convertido en ejemplo para los modelos continentales europeos^{189/190}. En definitiva, la política criminal regresa a las viejas formas represivas, de la sociedad del control, con carácter disciplinario y estigmatizante. Aplaudidas por las masas, influenciada por los medios de comunicación¹⁹¹ y vendida por los políticos de manera populista y manipuladora¹⁹².

¹⁸⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 68.

¹⁸⁹ Díez RIPOLLÉS, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 69-70.

¹⁹⁰ ROBERTS, Julian V., STALANS, Loretta J., INDEMAUR, David y HOUGH, Mike, *Populism and public opinion, Lessons from five countries*, op. cit., p. 60: “The United States generally provides the most extreme forms of populist punitiveness. Furthermore, most of the developments in populist penal policy in other nations have followed (and in many instances simply copied) earlier developments in the United States. This may happen either because a model has been provided and/or American products (especially cultural products) are constantly being ‘downloaded’ in other English-speaking countries”

¹⁹¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Angel, *Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., pp. 149 y ss..

¹⁹² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 68 y ss.: “Sin duda, las políticas penales europeas imitan los modelos ético-políticos de Estados Unidos. El concepto norteamericano de prevención y seguridad se ha convertido en el modelo para los sistemas europeos; una política criminal ejemplarizante que defrauda las expectativas generadas por el sueño americano y que prosigue la línea iniciada por el imperialismo de exportar todos sus fracasos: la política antidroga, el racismo y la tendencia a la construcción de un Estado policial”.

De manera definitiva, las estrategias de seguridad se han cambiado, para priorizar la seguridad ante el delito, la estabilización y el control social. Eso se hizo para ofrecer soluciones a las ansiedades del público¹⁹³, pero acaba por generar el miedo, al mismo tiempo que le gestiona¹⁹⁴.

IV.- América latina

América Latina siempre ha tenido la pecha de cuna del populismo¹⁹⁵. La cuestión es histórica: desde la independencia de los países latinoamericanos, la mayoría fue dominada, desde sus primeros años como naciones independientes, por *caudillos* ligados a la aristocracia local – era el llamado “pacto colonial”, que consistía en un acuerdo tácito entre el país imperialista con sus territorios dependientes – en especial los aristócratas de esos países dependientes¹⁹⁶.

¹⁹³ EL PAÍS, Opinión, *¿De qué seguridad hablamos?*, 25 octubre de 2002, http://elpais.com/diario/2002/10/25/opinion/1035496809_850215.html, c. 04/05/2017.

¹⁹⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Angel, *Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, op. cit., pp. 156-157: “La metonimia de las estrategias de seguridad que se ha caracterizado genera importantes consecuencias para la Política criminal. Dicho del modo más sintético posible, a las políticas de seguridad ante el delito, en tanto que dispositivos hoy prioritarios de estabilización y cohesión social, se les coloca ante un reto que les resulta inabordable: el de construir mensajes de garantía frente a una sensación de riesgo que desborda por completo el ámbito de operatividad de esos dispositivos. El posible efecto apenas precisa ser resaltado: la incapacidad de la oferta – pública y privada – de seguridad ante el delito para satisfacer la demanda ciudadana puede determinar, en una suerte de ejercicio autopiéctico, el reforzamiento de esa demanda y de las soluciones a la misma por parte de las instancias públicas. En consecuencia, la actual cultura de control del delito contribuye no sólo a gestionar el miedo ante la criminalidad, sino también a producirlo”.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos, Prólogo, en KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 5.

¹⁹⁶ EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, Editorial Maipue, Ituzaingó (Buenos Aires), 2010, p. 35: “El dominio colonial español sobre América, que había permanecido casi intacto durante tres siglos, comenzaba a mostrar signos de debilitamiento. Pero el sistema de dominación no residía sólo en España: tenía su complemento en América. La asociación de intereses entre la monarquía española y algunos sectores residentes en América es denominada por historiadores ‘pacto colonial’. El pacto colonial consiste en el acuerdo tácito que todo país imperialista establece con sus territorios dependientes, porque la sujeción no puede perdurar a través de décadas o incluso siglos sólo por el uso de la fuerza. El país colonizador crea intereses locales en el país dominado para tener grupos dirigentes a su favor”.

Brasil fue una excepción en cuanto a los primeros años de caudillismo populista, ya que tuvo la independencia de forma distinta: habiendo trasladado la capital del reino portugués a Río de Janeiro, por la huida del rey de Portugal de NAPOLEÓN, Brasil, antes simple colonia portuguesa, pasó a ser la sed de la corona¹⁹⁷.

Cuando el rey JUAN VI volvió a Portugal, dejó su hijo como regente, y en 1822 Brasil acabó independiente se estableciendo como Monarquía constitucional¹⁹⁸, por tanto, un poco alejado de las peleas por el poder, hecho común en la región, que creaban una gran inestabilidad y movilización de las masas “*criollas*”¹⁹⁹ – especialmente por Brasil no haber sufrido una revolución²⁰⁰, lo que no significaría que en el futuro no heredaría perfiles del populismo propios de Latinoamérica.

Así, fue justamente en ese período, mientras Europa se inmergía en las Guerras Napoleónicas, que Latinoamérica tuvo un momento de gran convulsión, revoluciones, golpes e instalación de distintos gobiernos que pueden ser considerados *caudillistas*²⁰¹ – en parte debido al quebrantamiento del pacto

¹⁹⁷ EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, op. cit., p. 32: “Antes de que llegase la invasión napoleónica a Lisboa, Inglaterra colaboró con el traslado de los reyes y su Corte portuguesa a Brasil, para evitar que cayeran prisioneros de los franceses. La nueva capital del reino portugués pasó a ser Río de Janeiro. Brasil, antes simple colonia portuguesa, pasó a ser territorio fundamental para el gobierno lusitano”.

¹⁹⁸ EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, op. cit., pp. 79-80.

¹⁹⁹ EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, op. cit., p. 94.

²⁰⁰ EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, op. cit., p. 36: “Una revolución es una transformación profunda de una sociedad determinada, que se origina cuando toma el poder una clase o grupo social que antes permanecía marginado de él. Es decir que se produce una revolución cuando los que asumen el poder cambian o tratan de innovar aspectos importantes de la vida de esa sociedad, y de favorecer así a sectores más amplios que los que anteriormente se beneficiaban con la política que se llevaba a cabo”.

²⁰¹ EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, op. cit., p. 95: “El término caudillo alude a un ser humano con personalidad fuerte, destacado como líder político, militar y/o ideológico de un grupo de gente más o menos numeroso. Se denomina generalmente como ‘caudillos’ a personas que logran la aceptación, la confianza y el compromiso de distintos sectores de la

colonial y la actuación de líderes coloniales oportunistas. Con la única excepción de Brasil, que durante ese período se vio transformado en metrópoli, con la llegada de la Corona Portuguesa (1808) e independizado como Monarquía constitucional (1822)²⁰².

A pesar de la dificultad de determinarse el concepto de populismo, y de clasificar los gobiernos como tales, está muy claro el fenómeno en Latinoamérica, especialmente en los años 30 y 40 del siglo XX, cuando cruzó las fronteras del continente latinoamericano hasta llegar a Europa²⁰³.

El éxito de los populismos como movimientos políticos en Latinoamérica se debe en buena medida a la capacidad de crear identidades dentro de las masas. La población latinoamericana es completamente heterogénea^{204/205}, formada por

población, especialmente cuando su autoridad no proviene del círculo que ostentaba el poder anteriormente”.

²⁰² EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, op. cit., p. 98.

²⁰³ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 179: “El concepto de populismo es difícil de determinar, así como el hecho de clasificar a un gobierno como populista o no. El populismo, siendo un fenómeno que se dio en América Latina en los años treinta y cuarenta del siglo xx, se ha presentado con nuevos matices a finales del siglo pasado en muchos países latinoamericanos, e incluso parece haber cruzado las fronteras de aquel continente para echar raíces en Europa”.

²⁰⁴ ARMAZA GALDÓS, Julio, *El condicionamiento cultural en el Derecho penal peruano*, en DIEZ RIPOLLES, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 549: “En lo que respecta al primer punto. Gran parte de América Latina está conformada por países que constituyendo cada uno de ellos un solo Estado, son al mismo tiempo pluriétnicos o multinacionales (como México, Paraguay, Nicaragua, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela y Guatemala). En Perú, por ejemplo, conviven bajo un único Estado sesenta grupos étnicos amazónicos, los aymarás de la zona sur andina, los quechuas de la sierra central y los mestizos y blancos de la costa; exclusivamente estos últimos, en la práctica, dirigen los destinos del país”.

²⁰⁵ BASÍLICO, Ricardo, *La comprensión de la norma como garantía en el Sistema penal*, (La cuestión de la diversidad cultural en el Derecho penal latinoamericano de hoy), en DIEZ RIPOLLES, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, op. cit., p. 555 y ss, y p. 571: “Como bien dice León OLIVÉ, la diversidad cultural en el mundo es un hecho y que a su vez plantea problemas particularmente importantes en el mundo iberoamericano. Los países latinoamericanos se encuentran constituidos por diversas tradiciones culturales que provienen desde antaño y que hoy en día aún coexisten. Dentro de este pluralismo cultural, muchos grupos étnicos constituyen minorías con peculiares formas de vida, que suelen ser diferentes a las que se han tornado dominantes en nuestros países”.

gente de distintos orígenes²⁰⁶, con clases sociales muchas veces con gran diferencia cultural y económica²⁰⁷. Los líderes, a través de su retórica y del carisma – que invocan mitos²⁰⁸, han podido generar “espacios identitarios” y hablar lo que las masas querían escuchar²⁰⁹.

Exactamente por la grande diferencia social entre clases, en general los populismos latinoamericanos tienen como característica las ideas marxistas, y la idea de “lucha de clases”, del “pueblo” contra la “oligarquía”²¹⁰. El populismo latinoamericano en general está asociado al desarrollo del capital dependiente²¹¹, y se hizo presente especialmente en un ambiente de dominación/subordinación, como en sociedades diferenciadas entre ricos y pobres²¹².

Hay que tener cuidado aquí con la gran descripción caricatural de la dependencia de Latinoamérica, que da una excusa y echa la culpa a los países

²⁰⁶ EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, op. cit., p. 85.

²⁰⁷ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 183.

²⁰⁸ DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, Catriel, Madrid, 1995, pp. 45-48.

²⁰⁹ DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, op. cit., pp. 44-45: “El líder populista se identifica con la totalidad de la patria, la nación o el pueblo en su lucha contra la oligarquía. El líder debido a su ‘honestidad y fuerza de voluntad garantiza el cumplimiento de los deseos populares’ (Torres Ballesteros, 1987: 171). El vínculo que une al líder con sus seguidores es místico. El líder es la ‘proyección simbólica de un ideal (...). Se le atribuyen a menudo cualidades que no posee, pero con las cuales es poco investido por el rito social de la veneración.’ (Martín Arranz, 1987: 84)”.

²¹⁰ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 17: “Esta tesis alimenta la idea de que la riqueza de los ricos es la causa de la pobreza de los pobres y que, por tanto, debe destituirse a unos para reparar la injusticia cometida sobre los otros. Se trata, en el fondo, de la misma doctrina marxista según la cual la acumulación de capital basada en la propiedad privada de los medios de producción es el resultado de la explotación del empresario. Esta doctrina, como sabemos bien en América Latina, es utilizada por el revolucionario «angelical», como lo llamaba el Che Guevara, para justificar su proyecto criminal y dictatorial”.

²¹¹ DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, op. cit., pp. 43-44.

²¹² DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, op. cit., p. 41.

desarrollados, y fue el justificante perfecto encontrado para intentar explicar el desarrollo del populismo en la región^{213/214}.

Para los populismos, el “pueblo” sería el único legítimo y verdadero poseedor de legitimidad para con la nación, el bueno, el inocente. El discurso populista, especialmente latinoamericano, radicaliza el elemento emocional del discurso político. Quiere responder a las inquietudes del pueblo y, de forma maniqueísta, dividen el pueblo y la oligarquía, contraponiendo uno en contra al otro – lo que crea enfrentamiento entre las clases²¹⁵. Para ponerse al lado de las clases del “pueblo”, los líderes carismáticos populistas utilizan en su discurso el modismo y lenguaje popular, además de utilizar de forma creativa los medios de comunicación²¹⁶.

Mucho de eso se pasa también por la propia debilidad del Estado. Hay una falta de confianza de la población en las instituciones, abriendo espacio para la retórica populista, especialmente nacionalista y socialista, No hay como haber instituciones fuertes en países donde la gente no cree en ellas, lo que culmina en la necesidad de buscar seguridad con los que hablan a las masas²¹⁷.

²¹³ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 21.

²¹⁴ GALEANO, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015.

²¹⁵ DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, op. cit., p. 49.

²¹⁶ DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, op. cit., p. 52: “Los líderes populistas incorporaron en su discurso modismos del lenguaje y otros elementos de la cultura popular. Por ejemplo, Perón incorporó en sus discursos los modismos del lunfardo, estrofas del Martín Fierro y la estructura trágico-sentimental del tango. Evita usó un lenguaje de radionovelas, y transformó a la política en dramas dominados por el amor (Navarro, 1982: 58). Sus escenarios y sus caracteres eran los mismos. “Perón era siempre glorioso, el pueblo maravilloso, la oligarquía egoísta y vendepatria (...) una mujer humilde o débil, consumiendo su vida por ellos para conquistar la justicia social, cueste lo que cueste y caiga quien caiga” (Ibid.: 59). Gaitán a través de su estilo oratorio fuerte con los gritos de “Pueebloo aa laa caargaa”, rompió con el estilo melódico, calmado y lírico de la retórica de sus rivales (Braun, 1985:100)”.

²¹⁷ LUKACS, John, *Democracy and populism: Fear and Hatred*, op. cit., pp. 163-164: “In sum, we must not take comfort in the weakening of the state, which was a prime instrument of modern civilization. Cast a look at the recent history of South America. The triumph of Perón in October 1945 signified the protracted attraction of nationalist and populism socialism only a

Los primeros estudios sobre los populismos latinoamericanos relacionaron su génesis a la dependencia y la modernización tardía. Los populistas se han asociado a la idea de desarrollo económico de ese país y de independencia económica de las naciones más ricas del mundo, sustituyendo las importaciones con la industria nacional²¹⁸ – eso ha sido muy claro en Argentina, Brasil y México. O sea, el populismo fue asociado a una fase de transición a la modernidad²¹⁹.

few months after Hitler and Mussolini had died. I glance at a photo of the broadly smiling Juan Domingo Perón and of his wife, Evita, with the nakedness of their fleshy faces, as they wave to an enormous crowd from the balcony of their palace in Buenos Aires. It is a picture of awesome vulgarity. It is less frightening than those images of Hitler in *Triumph of the Will* but *vulgar* to utmost. And this in a country, in a part of the world, where people had, or still have, few or almost no commitments to the institutions of their states, while their minds are filled with a cheap heady froth of nationalism. Recently Mario Vargas Llosa put it in this way: ‘In Latin America there is a total lack of confidence on the part of the immense majority of the people, in institutions, and that is one of the reasons our institutions fail’. (One of the reasons; but reason enough). ‘Institutions cannot flourish in a country if the people don’t believe in them – if, on the contrary, people have a fundamental distrust of their institutions and see in them not a guarantee of security, or of justice, but precisely the opposite’. Well, not perhaps ‘precisely’ but largely so: among people whose populist nationalism (again: distinct from old-fashioned patriotism) is the only viscous bond – at the expense (and sometimes in defiance) of civilization – with its inevitable components of hatred and fear. Chasterton’s great maxim is apposite here. ‘It is hatred that unites people – while love is always individual’”.

²¹⁸ GALEANO, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, op. cit., p. 273: “La nueva industria se atrincheró de entrada tras las barreras aduaneras que los gobiernos levantaron para protegerla, y creció gracias a las medidas que el Estado adoptó para restringir y controlar las importaciones, fijar tasas especiales de cambio, evitar impuestos, comprar o financiar los excedentes de producción, tender caminos para hacer posible el transporte de las materias primas y las mercancías, y crear o ampliar las fuentes de energía. Los gobiernos de Getulio Vargas (1930-45 y 1951-54), Lázaro Cárdenas (1934-40) y Juan Domingo Perón (1946-55), de signo nacionalista y amplia proyección popular, expresaron en Brasil, México y Argentina la necesidad de despegue, desarrollo o consolidación, según cada caso y cada período, de la industria nacional. En realidad, el ‘espíritu de empresa’, que define una serie de rasgos característicos de la burguesía industrial en los países capitalistas desarrollados, fue, en América Latina, una característica del Estado, sobre todo en estos períodos de impulso decisivo. *El Estado ocupó el lugar de una clase social cuya aparición la historia reclamaba sin mucho éxito*: encarnó a la nación e impuso el acceso político y económico de las masas populares a los beneficios de la industrialización. En esta matriz, obra de los caudillos populistas, no se incubó una burguesía industrial esencialmente diferenciada del conjunto de las clases hasta entonces dominantes”.

²¹⁹ DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, op. cit., p. 41: “Los primeros estudios de los populismos latinoamericanos, influenciados por las teorías de modernización y de la dependencia, trataron de entender las experiencias de los países más grandes de la región. En las décadas de los treinta y cuarenta, Argentina, Brasil y México vivieron procesos de sustitución de importaciones asociados al surgimiento del peronismo, varguismo y cardenismo. Es así que Gino Germani, por ejemplo,

No se debe negar que los populismos latinoamericanos tuvieron un efecto interesante, de permitir el acceso de la masa y la expansión del voto – un efecto democratizante. Pero, se incorporaron elementos autoritarios y características maniqueístas de división, poniendo partes de la población en campos antagónicos – el “bien” contra el “mal”. Es difícil afianzar que el movimiento en Latinoamérica fue positivo, ya que el conflicto es un precio muy alto para la democratización del campo político, que puede ser obtenida de otras maneras menos drásticas – el autoritarismo no combina con la democracia²²⁰.

Pero, el efecto del populismo marxista latinoamericano, lamentablemente, ha sido de erosionar la propia democracia representativa. La mentalidad populista abusa de instrumentos de participación, como el plebiscito. Hay una verdadera demolición institucional en algunas iniciativas populistas en ese continente²²¹. Hay también un contenido colectivista en la mentalidad populista latinoamericana. El Estado trata al “pueblo” como si fuera él – El Estado – el encargado en darle sentido a la vida de las personas, proporcionando todo lo que necesiten²²².

desarrolló la hipótesis de que el populismo es una fase en la transición a la modernidad. Desarrollando una perspectiva alternativa, autores influenciados por la perspectiva dependentista criticaron los presupuestos teleológicos de la teoría de la modernización, desarrollando un argumento estructuralista que relacionó al populismo con la industrialización por sustitución de importaciones”

²²⁰ DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, op. cit., p. 59: “La presencia política de sectores excluidos que se dan con el populismo tiene efectos ambiguos y contradictorios para las democracias de la región. Por un lado, al incorporarlos, ya sea a través de la expansión del voto o a través de su presencia en el ámbito público, en las plazas, el populismo es democratizante. Pero, a la vez esta incorporación y activación popular se da a través de movimientos heterónomos que se identifican acriticamente con líderes carismáticos que en muchos casos son autoritarios. Además, el discurso populista, con características maniqueas, que divide a la sociedad en dos campos antagónicos pues no permite el reconocimiento del otro, pues la oligarquía encarna el mal y hay que acabar con ella. Este último punto, señala una de las grandes dificultades para afianzar la democracia en la región. En lugar de reconocer al adversario, de aceptar la diversidad y de proponer el diálogo, que en sí incluye el conflicto mas no la destrucción del otro, los populismos a través de su discurso buscan acabar con el adversario e imponer su visión autoritaria de la “verdadera” comunidad nacional”.

²²¹ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., pp. 27-28.

²²² KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 30.

Esa última característica, del Estado que “cuida” de sus ciudadanos, siendo el verdadero *guía* de todo lo que necesite el pueblo, es particularmente importante para nuestro trabajo. Tiene claras consecuencias político-criminales, ya que el Estado acaba por promover los ideales de justicia, de acuerdo con sus intereses, siempre haciendo parecer que no tiene una agenda propia, como si defendiera la sociedad. El Estado se pone como verdadero “defensor” del pueblo²²³.

Es interesante notar, en todo ese contexto, la manifestación del lenguaje. El cambio de palabras usado por los populistas en sus discursos les torna más atractivos, digeribles. George ORWELL, en su novela “1984”, una alegoría del totalitarismo, ya trataba de esa idea. La novela de ORWELL tratase de una notable reflexión respecto los regímenes totalitarios, especialmente populistas, y con clara manifestación de contenido político (y, especialmente, político-criminal)^{224/225}.

²²³ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 33.

²²⁴ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 39: “En su famoso ensayo sobre el idioma inglés y la política, *Politics and the English Language*, Orwell, un socialista reformista antitotalitario que se convertiría en uno de los críticos más demoledores del comunismo, explicó que el lenguaje, especialmente el político, era la herramienta más efectiva para manipular las mentes de las masas. Los peores crímenes, según sostuvo Orwell, pueden ser defendidos simplemente cambiando las palabras con las cuales se les describe para hacerlos digeribles e incluso atractivos. Así, por ejemplo, a la destrucción de pueblos indefensos y al asesinato de inocentes se le llama «pacificación», y al robo masivo de tierras de campesinos que son expulsados de ellas se le llama «transferencia de población». En su novela 1984, una alegoría del totalitarismo soviético, Orwell insistiría en esta idea. En la obra, el régimen totalitario ha llamado «ministerio de la paz» al ministerio de la guerra, «ministerio de la verdad» al ministerio que hace la propaganda oficial del gobierno, «ministerio de la abundancia» al ministerio encargado de racionar los alimentos y controlar a la población mediante el hambre y «ministerio del amor» al órgano encargado de perseguir, torturar y aniquilar opositores al régimen.

Para Orwell, entonces, una de las armas esenciales del totalitarismo, particularmente del comunista, es la manipulación del lenguaje. La razón, según dice el escritor británico, es que si se corrompe el lenguaje se corrompe el pensamiento, y, con ello, se termina por destruir la democracia y la libertad, pues ambas reposan sobre verdades que ya no son reflejadas en el lenguaje. En una notable reflexión que sin duda mantiene su validez hasta el día de hoy, Orwell dijo: «[...] el lenguaje político está diseñado para hacer que las mentiras suenen verdaderas, y el asesinato, respetable, y hasta para dar apariencia de solidez al mero viento». Conocedor de la izquierda política e intelectual como pocos, Orwell entendió perfectamente su estrategia totalitaria alertando de que ciertos conceptos pueden ser, en palabras de Althusser, verdaderos

Así, el perfil del populismo latinoamericano se puede entender como “*desarrollista*”. En el ámbito de una democracia “defectuosa”, con poca confianza en las instituciones, y un abismo social enorme, toma espacio el populismo de izquierdas, con la retórica de desarrollo económico, anti-neoliberalismo, y con excusas de cuño social²²⁶. Además de eso, encontramos un claro acento nacionalista en los regímenes populistas latinoamericanos, con utilización amplia de la plataforma del descontento general para promoverse²²⁷.

El mensaje que viene de los liderazgos populistas acaba por tornarse superficial, eso para obtener apoyo popular y justificar, en la fórmula de la democracia, las tomas de decisiones políticas (o la hechura de políticas públicas – en nuestro caso, especialmente la Política criminal). Condicionan esa política varios planteamientos dependientes del funcionamiento del Estado, y en un contexto populista, lo que más viene a traer beneficios político-electorales^{228/229}..

El propio sistema presidencialista latinoamericano ya da poderes considerables que generan una distorsión en la construcción de políticas-públicas²³⁰.. Cuando está combinado con el liderazgo carismático populista, da posibilidad a llevar a cabo las políticas impactantes para la manutención del

«explosivos o venenos» al corromper el pensamiento. Por eso, el socialismo atribuye una importancia central a la creación y tergiversación de palabras”.

²²⁵ ORWELL, George, 1984, tradução de HUBNER, Alexandre e JAHN, Heloísa, Companhia das Letras, São Paulo, 2003.

²²⁶ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tempos”, en *Cuaderno de Ciencias Sociales 156*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Costa Rica, p. 10.

²²⁷ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tempos”, op. cit., p. 12.

²²⁸ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tempos”, op. cit., p. 15.

²²⁹ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tempos”, op. cit., pp. 21 y ss.

²³⁰ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tempos”, op. cit., p. 23.

populista en el poder. Ya está claro que el populismo se basa en la percepción sobre el hecho, no en el resultado específico de la política²³¹.

Aunque no sea nuestro objetivo hacer una gran digresión histórica en los populismos latinoamericanos, es importante conocer algo de sus caracteres para comprender sus efectos en la Política criminal. Entre los años 30 y 60 del siglo pasado²³², los populismos latinoamericanos tenían una característica de busca del desarrollo económico^{233/234}. y con fuertes rasgos nacionalistas, era el llamado Populismo clásico (como el de PERÓN en Argentina y de Getúlio VARGAS en Brasil)^{235/236}.

En las décadas de 80 y 90, la utilización de nuevos elementos mediáticos y la fuerte invocación del “pueblo” como objetivo de sus políticas, Latinoamérica presencié la ascensión de Fernando COLLOR DE MELO en Brasil, Carlos MÉNEM en Argentina, Alberto Fujimori en PERÚ, entre otros²³⁷. Era el inicio del llamado

²³¹ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, op. cit., p. 23.

²³² LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit. p. 137: “Sin embargo, fue sólo después de la gran depresión de comienzos de la década de 1930 cuando los populismos latinoamericanos se volvieron más radicales. Las capacidades redistributivas de los Estados liberales oligárquicos se vieron drásticamente limitadas por la crisis, y los sistemas políticos se volvieron cada vez menos capaces de absorber las demandas democráticas. Esto condujo a un profundo abismo entre liberalismo y democracia, el cual dominaría la política latinoamericana durante los siguientes veinticinco años. Vargas y el Estado Novo en el Brasil, el peronismo en la Argentina y los gobiernos del MNR en Bolivia implementarían programas redistributivos y reformas democráticas bajo regímenes políticos claramente antiliberales y, en algunos casos, abiertamente dictatoriales. Lo que es importante destacar es que, en todos los casos, el “pueblo” constituido mediante las movilizaciones asociadas a estos regímenes tenía un fuerte componente estatista. La construcción de un Estado nacional fuerte en oposición al poder oligárquico local fue la marca característica de este populismo”.

²³³ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, op. cit., p. 19.

²³⁴ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit. pp. 136-137.

²³⁵ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, op. cit., p. 32.

²³⁶ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., pp. 187-188.

²³⁷ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., pp. 188-189.

“Neopopulismo latinoamericano”, causado en parte por la crisis de credibilidad y por el descontento de las masas con las instituciones²³⁸.

En general, la política económica heterodoxa de esos liderazgos del “Neopopulismo” provocaron aún mayor distanciamiento entre la ciudadanía y las instituciones, permitiendo el aumento de la crisis de legitimidad, especialmente por una falta de eficacia política y por las crisis económicas y mala gestión del aparato productivo. También, en ese momento, se percibe un incremento de los niveles de inseguridad y aumento de la sensación de que la criminalidad aumentaba, lo que tendría efectos muy claros en la Política criminal a partir de ahí²³⁹.

Los populismos contemporáneos de Néstor KIRCHNER y Cristina FERNÁNDEZ en Argentina, Hugo CHÁVEZ y Nicolás MADURO en Venezuela, Evo MORALES en Bolivia, Luis Inácio LULA DA SILVA y Dilma ROUSSEFF en Brasil llegaron con una clara conciencia de que las políticas neoliberales habían fracasado²⁴⁰.

Tienen rasgos intervencionistas, algunos de fuerte nacionalismo, y una vuelta a las características marxistas que marcaron los populismos latinoamericanos desde su génesis. También tienen como marca propia la crisis institucional de esos países, como siempre se ve en los populismos, y una idea de representación del pueblo y redistribución económica²⁴¹.

Otra cuestión que también ayuda a efectivizar liderazgos carismáticos y populistas en Latinoamérica es la propia forma del ejercicio del Poder Ejecutivo en esos países. Como ya hemos apuntado, en general, la organización

²³⁸ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, op. cit., p. 33.

²³⁹ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, op. cit., p. 34.

²⁴⁰ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 10.

²⁴¹ YLARRI, Juan Santiago, *Populismo, crisis de representación y democracia*, op. cit., p. 192 y ss.

constitucional de esos países tiene un fundamento de gran fuerza presidencialista. El presidente, jefe del Poder Ejecutivo, goza de amplio poder, acabando por sobreseer en relación a los otros poderes constitucionales, en un cierto resquicio autocrático²⁴².

Ahora bien, todo ese contexto de ruptura institucional lleva a la falta de efectividad del Estado en muchos ámbitos sociales. En el Derecho eso está muy claro – pues la ruptura se hace aún más clara en las normas, especialmente las que ejercen el control social²⁴³. Eso acaba por llevar al mayor ajuste de los comportamientos por criterios de autonomía moral y, por tanto, una sensación mayor de injusticia e impunidad de los actos²⁴⁴.

La sociedad deposita grandes esperanzas en el Derecho penal para parar la erosión de normas y vínculos sociales, modificando las fronteras difusas entre el “bien” y el “mal”. De ahí la utilización de la Política criminal como instrumento de “lucha”, como si pudiera vencer el mal y traer mayor sensación de justicia frente al caos de la violencia²⁴⁵.

Hay una clara influencia en los modelos penales latinoamericanos de los primeros elementos militarizados que encontramos desde las épocas coloniales. Según ZAFFARONI, “no surgen los sistemas penales latinoamericanos de códigos

²⁴² LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo GALLEGU ANABITARTE, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, pp. 51-52.

²⁴³ CURZIO, Leonardo, *El narcotráfico y la democracia en América Latina*, en DEL ALCÁZAR, Joan, *Historia actual de América Latina, 1959-2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 188.

²⁴⁴ GIL, Fernando, *La exclusión social*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002, pp. 75-76: “Aunque obviamente no se defiende aquí un sistema social en el que el derecho no puede hacerse respetar porque el nivel de ruptura de normas es altísimo, sin embargo, en muchas sociedades de Latinoamérica una de las consecuencias positivas de ese fenómeno negativo de falta de efectividad del Estado de derecho es el mayor ajuste de los comportamientos a los criterios de autonomía moral. Entiéndase bien, por un lado, el grado general de injusticia es mayor dado que la impunidad de los actos es mayor. Pero por otro, también se reduce la cantidad de sufrimiento ajeno causado por actos de comportamiento basados en criterios juristicistas, formalistas o normativistas”.

²⁴⁵ HERZOG, Felix, *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLO, en *Revista Penal*, op. cit., p. 54.

o legislaciones, sino que, de la primera colonización, como poder controlador disciplinario *militarizado*”²⁴⁶. Según el autor argentino, el instrumento de control social punitivo fue trasladado a otros órganos del Estado – tanto que, en gran parte de los países, sigue vigente una Policía Militar. Y las agencias policiales se hicieron cargo del poder disciplinador.

En Latinoamérica hubo una incorporación tardía, quizá por las convulsiones sociales y del propio ejercicio del poder, de las ideas del Estado de Bienestar. Mientras el *welfarismo* era plenamente llevado a cabo en Estados Unidos y Europa, los países latinoamericanos experimentaban un momento de ascenso plenamente populista²⁴⁷, donde la propia idea de bienestar era subvertida²⁴⁸.

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, op. cit., pp. 64-65.

²⁴⁷ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, op. cit., pp. 10-11.

²⁴⁸ KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*, op. cit., p. 13: “Ahora bien, anclado el populista en una adoración febril del poder del Estado, su motor último, que conduce al cultivo del odio y a la destrucción del Estado de derecho, es un desprecio total por la libertad y las instituciones que la resguardan. La mentalidad populista es liberticida. Es improbable ver a un líder populista diciendo que va a privatizar empresas estatales, que va a garantizar la independencia del banco central y la prensa, que va a reducir impuestos, que va a reducir el gasto estatal o que va a recortar beneficios a la población para estabilizar las cuentas fiscales. Tampoco se ha visto a un populista expandir el espacio de libertad civil y cultural de las personas ni reconocer la individualidad de ellas. Al contrario, las diluye en la masa y las desconoce, homogeneizándolas y valorándolas sólo como parte de la muchedumbre. Las promesas siempre son todo lo contrario: utilizar el aparataje del poder estatal para supuestamente elevar al «pueblo» a un mayor nivel de bienestar mediante regalos y prebendas de distinto tipo. Por eso debe terminarse, por ejemplo, con la independencia de la banca central, pues esta es una idea «neoliberal»; deben estatizarse las empresas, al menos las más importantes, como las de las áreas de los recursos naturales y energéticos; y deben subirse dramáticamente los impuestos y desarrollar una red asistencialista gigantesca que tenga a millones de personas dependiendo del Estado. El populismo clásico es siempre estatista porque basa su proyecto en un eje redistributivo radical. Como explicaron los profesores Andrés Benavente y Julio Cirino en su estudio sobre la materia, «el populismo clásico es estatista, pues supone un Estado sobredimensionado con cuyos recursos realiza su labor redistributiva»”.

Así, podemos decir que, con algunas excepciones e intentos que no han sido de gran plenitud, jamás el Estado de bienestar fue plenamente visible en esos países²⁴⁹.

De todas maneras, hubo también en Latinoamérica una incorporación de los discursos penales estadounidenses posteriores al Estado del bienestar, del “Ley y Orden” y el “Tolerancia cero”²⁵⁰, así como en los países de Europa, pero el hecho se dio de manera un poco más tardía y, claro, con rasgos propios debido a las características de esa región²⁵¹.

En los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, donde la crisis mundial afectó Latinoamérica debido a su dependencia económica – especialmente después de la Gran crisis económica de 1929²⁵², Estados Unidos ha experimentado una gran expansión de sus intereses comerciales, en paralelo con el debilitamiento del imperialismo inglés y desplazamiento de intereses de otros países. Ese hecho tendría repercusiones importantes en el futuro – especialmente luego después de la Segunda Guerra Mundial, asegurando a los

²⁴⁹ HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, op. cit., pp. 50-51.

²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, op. cit., p. 65: “Las frecuentes campañas de ley y orden y la victimización de personas de los mismos sectores sociales de los que provienen los criminalizados, al tiempo que introduce antagonismos entre los propios sectores carenciados y destruye vínculos comunitarios, surte el efecto de sostener la ilusión protectora del sistema penal”.

²⁵¹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 12.

²⁵² URQUIDI, Víctor L., *Otro siglo perdido*, Las políticas de desarrollo en América Latina (1930-2005), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016. cit., p. 40: “La crisis económica mundial de 1929-1932 se puso de manifiesto, como nunca antes, en el mundo rápidamente cambiante que había surgido de la Gran Guerra en Europa. El tipo ‘colonial’ de desarrollo que había caracterizado a las economías latinoamericanas ya no permitiría a los gobiernos y a las sociedades dejar de satisfacer el surgimiento de nuevas demandas sociales. Estas demandas casi no se habían manifestado con anterioridad, dados los rígidos elementos estructurales de la propiedad y la continuidad de gobiernos heredados desde la época colonial, con frecuencia fortalecidos; la excepción fue México, que empezó a atenderlos a partir de 1917. Apenas había movimiento obrero de importancia en Argentina, Chile y Uruguay, donde también se formaba ya una clase media moderna. Los regímenes políticos tampoco mostraban señales de modernización, con muy pocas excepciones, y eran escasas las oportunidades de canalización partidistas de los reclamos sociales”.

norteamericanos una gran esfera de influencia en Latinoamérica, en el contexto de la Guerra Fría, que culminaría en la importación de diversos conceptos y modos de vida norteamericanos, como la propia idea del “Ley y Orden”²⁵³.

La relación de Estados Unidos con Latinoamérica ha sido siempre un poco compleja. La mirada que tienen los estadounidenses hacia el continente latinoamericano, desde la fundación de ese país, ha sido de un sitio dependiente, donde podrían libremente ejercer su influencia. Eso nortea claramente la forma como se da la incorporación de las políticas internas norteamericanas en los países de Latinoamérica²⁵⁴.

Otro eje que conduzo la influencia de la Política “Ley y Orden” y “Tolerancia cero” en los países latinoamericanos fue la exportación por EE.UU. de su Política de “guerra contra las drogas”²⁵⁵, especialmente en la presidencia de REAGAN, cuando el país norteamericano ejerció gran influencia en las Políticas criminales anti-drogas latinoamericanas, especialmente por su protagonismo en la producción y exportación de sustancias prohibidas. Fue el momento que Estados Unidos vislumbró en esos países un paisaje estratégico para el combate al narcotráfico.

Respecto el propio concepto del término “*Política*” como actividad, en Latinoamérica, la propia palabra ha logrado tener un sentido peyorativo, debido al sufrimiento impuesto por convulsiones sociales, dictaduras, y hechos de

²⁵³ DÍAZ DE ARCE, Omar, *Contradicciones Interimperialistas en América Latina entre las dos guerras mundiales (1917-1939)*, en GONZÁLEZ NAVARRETE, Eurídice, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 87: “Aunque América Latina no participo directamente en la primera conflagración mundial, si experimento sus repercusiones, tanto en la esfera económica como en la política y social. El reacomodo del sistema capitalista se tradujo aquí en la consolidación de la expansión y penetración norteamericanas hacia zonas aun no dominadas (América del Sur), en el relativo debilitamiento del imperialismo inglés y el temporal desplazamiento del alemán. Así mismo, los capitalistas franceses tuvieron que liquidar algunas de sus inversiones, aun cuando el intercambio de mercancías galo-latinoamericano, duramente golpeado por la guerra, ya en 1923 había casi recuperado el nivel de 1913”.

²⁵⁴ CURZIO, Leonardo, *América Latina vista desde Washington (1959-2009)*, en DEL ALCÁZAR, Joan, *Historia actual de América Latina, 1959-2009*, op. cit., p. 23.

²⁵⁵ CURZIO, Leonardo, *El narcotráfico y la democracia en América Latina*, en DEL ALCÁZAR, Joan, *Historia actual de América Latina, 1959-2009*, op. cit., pp. 179-180.

corrupción que vemos a diario en las noticias. El gran autor y ganador del premio Nobel Mario VARGAS LLOSA hace referencia a eso al contar un hecho en su libro “*La civilización del espectáculo*”, al tratar de Cultura, Política y Poder²⁵⁶, llegando a la conclusión de que la mayoría de la población entiende la Política como una actividad mediocre y sucia, que repele nos honestos y capaces²⁵⁷.

El gran autor peruano continua, diciendo respecto a un tema que mucho tiene que ver con lo que hablamos, la influencia de los medios en la percepción política, diciendo en cuanto el periodismo ha contribuido para despojar de respetabilidad y seriedad la figura de los políticos. Según VARGAS LLOSA, el

²⁵⁶ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, p. 60: “Cuando entré a la Universidad de San Marcos, en Lima, el año 1953, «política» era una mala palabra en el Perú. La dictadura del general Manuel Apolinario Odría (1948-1956) había conseguido que para gran número de peruanos «hacer política» significara dedicarse a una actividad delictuosa, asociada a la violencia social y a tráficos ilícitos. La dictadura había impuesto una Ley de Seguridad Interior de la República que ponía fuera de la ley a todos los partidos y una rigurosa censura impedía que en diarios, revistas y radios (la televisión aún no llegaba) apareciera la menor crítica al gobierno. En cambio, las publicaciones e informativos estaban plagados de alabanzas al dictador y sus cómplices. El buen ciudadano debía entregarse a su trabajo y ocupaciones domésticas sin inmiscuirse en la vida pública, monopolio de quienes ejercían el poder protegidos por las Fuerzas Armadas. La represión mantenía en las cárceles a los dirigentes apristas, comunistas y sindicalistas. Tuvieron que exiliarse centenares de militantes de esos partidos y personas vinculadas al gobierno democrático del doctor José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948), al que el golpe militar de Odría derrocó”.

²⁵⁷ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, op. cit., pp. 61-62: “Hoy en día, en todas las encuestas que se hacen sobre la política una mayoría significativa de ciudadanos opina que se trata de una actividad mediocre y sucia, que repele a los más honestos y capaces, y recluta sobre todo a nulidades y pícaros que ven en ella una manera rápida de enriquecerse. No ocurre sólo en el Tercer Mundo. El desprestigio de la política en nuestros días no conoce fronteras y ello obedece a una realidad incontestable: con variantes y matices propios de cada país, en casi todo el mundo, el avanzado como el subdesarrollado, el nivel intelectual, profesional y sin duda también moral de la clase política ha decaído. Esto no es privativo de las dictaduras. Las democracias padecen ese mismo desgaste y la secuela de ello es el desinterés por la política que delata el ausentismo en los procesos electorales tan frecuente en casi todos los países. Las excepciones son raras. Probablemente ya no queden sociedades en las que el quehacer cívico atraiga a los mejores.

(...)

Es verdad que, en muchos lugares, la política es o se ha vuelto, en efecto, sucia y vil. «Lo fue siempre», dicen los pesimistas y los cínicos. No, no es cierto que lo fuera siempre ni que lo sea ahora en todas partes y de la misma manera. En muchos países y en muchas épocas, la actividad cívica alcanzó un prestigio merecido porque atraía gente valiosa y porque sus aspectos negativos no parecían prevalecer en ella sobre el idealismo, honradez y responsabilidad de la mayoría de la clase política. En nuestra época, aquellos aspectos negativos de la vida política han sido magnificados a menudo de una manera exagerada e irresponsable por un periodismo amarillo con el resultado de que la opinión pública ha llegado al convencimiento de que la política es un quehacer de personas amorales, ineficientes y propensas a la corrupción”.

problema no tiene solución, ya que la justicia asfixia – aún más en se tratando de los medios de comunicación de masas. El periodismo escandaloso, que expone la intimidad de los investigados²⁵⁸, aunque estén implicados en hechos graves – como el narcotráfico, tan común en Latinoamérica, es algo que no tiene más frenos²⁵⁹. Sumase a eso el aumento considerable de la pobreza en los países latinoamericanos entre 1987 y 1998, que seguramente ha contribuido para el incremento de delitos callejeros²⁶⁰.

Ahora bien, es innegable que en América Latina la democracia ha tenido que recorrer sinuosos caminos y, así como en Europa, los regímenes de Estado (en su mayoría), aunque tengan todavía fuertes rasgos populistas, aún configuran la forma democrática. Sin embargo, experimentan una Política criminal plenamente expansiva, de contornos de defensa social²⁶¹, debido muchas veces a

²⁵⁸ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, op. cit., p. 62: “El periodismo escandaloso es un perverso hijastro de la cultura de la libertad. No se lo puede suprimir sin infligir a la libertad de expresión una herida mortal. Como el remedio sería peor que la enfermedad, debemos soportarlo, como soportan ciertos tumores sus víctimas, porque saben que si trataran de extirparlos podrían perder la vida. No hemos llegado a esta situación por las maquinaciones tenebrosas de unos propietarios de periódicos o canales de televisión ávidos de ganar dinero, que explotan las bajas pasiones de la gente con total irresponsabilidad. Ésta es la consecuencia, no la causa”.

²⁵⁹ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, op. cit., p. 64.

²⁶⁰ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª edición, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, op. cit., p. 70: “Las condiciones de vida en las zonas más pobres de estas sociedades no sólo no han mejorado, sino que se han deteriorado en los últimos años. Se calcula que al comenzar el siglo XXI vivían en la más absoluta pobreza mil doscientos millones de personas, la gran mayoría en los países en vías de desarrollo. Unos tres mil millones —casi la mitad de la población mundial— sólo vive con dos dólares al día. Los pobres del mundo se concentran en el sur y este de Asia (véase la figura 2.4), en África y en Latinoamérica, aunque existen importantes diferencias de una zona a otra. Por ejemplo, el nivel de pobreza en Asia Oriental y en el Pacífico se ha reducido durante la última década, mientras que ha aumentado en las naciones del África subsahariana. Entre 1987 y 1998 el número de personas que vivía con un solo dólar al día en esta región pasó de 220 millones a 290 (World Bank, 2000). También se ha registrado un aumento considerable de la pobreza en algunas zonas del sur de Asia, América Latina y el Caribe. Muchos países del mundo también sufren serias crisis financieras a causa de sus deudas. Con frecuencia, el pago de los intereses de los préstamos a instituciones extranjeras puede suponer una cantidad superior a la que la mayoría de los gobiernos invierte en sanidad, asistencia social y educación”.

²⁶¹ TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto, *Presentación*, en TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, México, p. 9: “La historia de los países de nuestra América ha estado plena de largos y sinuosos caminos que sus sociedades han tenido que recorrer. En ese trayecto las encrucijadas no han sido la excepción en la formación del Estado y la sociedad moderna. Una

presiones populares y la influencia de los medios de comunicación. Su tendencia populista colabora para la instrumentalización del fenómeno delictivo y la expansión irracional del Derecho penal²⁶².

Claro que hay rasgos distintos de la génesis del modelo del “Tolerancia cero” en los países anglosajones y de la “Seguridad ciudadana” continental europea²⁶³, pero hay muchas características que se asemejan. Hay en Latinoamérica de hoy un cierto movimiento que ha redescubierto muchos elementos de su historia, como las propias relaciones entre ciudadanos, delincuentes, formación de los Estados, conceptos coloniales que se quedaron olvidados en los archivos de la historia, y todo eso cambia en mucho la manera de echar la mirada hacia el Sistema penal²⁶⁴.

Pero en común entre todo, hay el protagonismo del concepto del Sistema penal como “lucha” contra la delincuencia, abandonando postulados clásicos del Derecho penal y de la Política criminal o, en otras palabras, el recrudescimiento de la Política criminal, a través de la incorporación de distintas ideas oriundas de los países anglosajones, como el “Tolerancia cero”²⁶⁵.

Desde la perspectiva del pueblo, no es difícil comprender los discursos de lucha contra la criminalidad, y de endurecimiento penal, especialmente por sus

sociedad que bajo la vieja idea de la defensa social ha construido, a través del Estado, no solo la ley, sino también al delito, al criminal, al marginal y a las instituciones de control social”.

²⁶² TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto, *Presentación*, en TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, op. cit., pp. 9-10.

²⁶³ SALVATORE, Ricardo D., *De vicios, delitos y penas: nuevos rumbos de la historia de la justicia criminal en América Latina*, en TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, op. cit., pp. 19-20.

²⁶⁴ SALVATORE, Ricardo D., *De vicios, delitos y penas: nuevos rumbos de la historia de la justicia criminal en América Latina*, en TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, op. cit., p. 14.

²⁶⁵ SALVATORE, Ricardo D., *De vicios, delitos y penas: nuevos rumbos de la historia de la justicia criminal en América Latina*, en TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, op. cit., p. 22.

necesidades de mayor seguridad frente a la criminalidad callejera y violenta, muy claras en el contexto latinoamericano²⁶⁶, además de la falta de resultados conseguidos por el Estado en materia de seguridad pública y protección de las personas²⁶⁷. Pero hay que tener cuidado con la necesidad de asegurar la legitimidad de la propia legislación penal²⁶⁸.

Eso todo va un poco de encuentro con la práctica de los años setenta y ochenta en América Latina, donde la protección de los Derechos humanos y libertades civiles era una demanda que hacía parte de la agenda política latinoamericana²⁶⁹ – especialmente por, en aquellos momentos, la mayoría de los países estar inmersa en un ambiente de dictaduras, en general militares²⁷⁰.

²⁶⁶ CURZIO, Leonardo, *El narcotráfico y la democracia en América Latina*, en DEL ALCÁZAR, Joan, *Historia actual de América Latina, 1959-2009*, op. cit., pp. 187-188: “La agenda pública de América Latina se ha concentrado, desde 1995, en dos temas principales que de manera sistemática figuran en las encuestas en los primeros lugares de las preocupaciones ciudadanas. El primero ha sido el de las oportunidades de empleo y tal vez en términos más amplios, la ausencia de una genuina política de cohesión social. El segundo ha sido la delincuencia. En el año 2009, siete países de América Latina ubicaron a la delincuencia y la seguridad pública como el problema más grande del país. Éstos son Venezuela, Panamá, Costa Rica, El Salvador, Uruguay, Chile y Guatemala. Seis países ubicaron el desempleo como su principal problema, entre ellos destaca el Paraguay, seguido por Ecuador, Colombia, Perú, Argentina y Bolivia. Dos países: Nicaragua y México, ubicaban los problemas económicos en primer lugar y en el caso de México, la seguridad pública figura en un consistente y muy relevante segundo lugar desde hace varios años. Sólo un país, Honduras, sacudido por el derrocamiento de Manuel Zelaya, ubicó su principal problema en el ámbito de la política.

La preocupación ciudadana por la seguridad pública y la delincuencia se ha multiplicado de manera alarmante. En efecto, si en 1995 solamente figuraba en el 5 por ciento de las menciones como el principal problema de la región, pasó a ubicarse en el 20 por ciento en el año 2009. Una multiplicación por cuatro en menos de tres lustros. El problema atañe a toda la región, sin embargo, es preciso decir que no es una situación homogénea, tiene una distribución desigual en los distintos países”.

²⁶⁷ CURZIO, Leonardo, *El narcotráfico y la democracia en América Latina*, en DEL ALCÁZAR, Joan, *Historia actual de América Latina, 1959-2009*, op. cit., p. 188.

²⁶⁸ SALVATORE, Ricardo D., *De vicios, delitos y penas: nuevos rumbos de la historia de la justicia criminal en América Latina*, en TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, op. cit., pp. 22-23.

²⁶⁹ FONSECA, David S., “Expansion, standardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, 2017, , Article first published online: January 1, 2017, DOI: <https://doi.org/10.1177/1462474517694504>, Sage Publications, p. 1: “The democratic transition in Brazil witnessed the return of civil liberties and the emergence of a legal framework based upon respect for human rights and the adoption of extensive social entitlements. In recent years, the reduction of poverty and upward social mobility have also transformed the country’s social structure. In spite of these welcome changes, however, crime and prison rates went through a steep upsurge during the same period,

Asimismo, también en Latinoamérica se puede ver claramente los conceptos de la “Sociedad del riesgo”, concepción de Ulrich BECK, que ya hemos tratado en los capítulos anteriores. La gestión actuarial del riesgo llegó hasta el concepto político-criminal en América Latina, aunque se ha retrasado un poco, pero vino con las mismas concepciones que han provocado la caída del Estado del bienestar²⁷¹.

En el contexto de la exportación de tendencias norte-americanas a Europa, también el hecho si dio en Latinoamérica, pero con un retraso tal vez generado por la crisis económica que siguió, en la mayoría de los países, a los regímenes dictatoriales de los años 70 y 80²⁷². Después de la construcción de la llamada “Criminología de la intolerancia”²⁷³, las campañas de intolerancia hacia el delito cruzaron también el continente americano, para llegar a América Latina, especialmente por el contexto de gran cantidad de población marginalizada en esos países – en el caso de Latinoamérica, el incremento de los índices de

undermining many of these more positive social changes. A number of reasons underlie the emergence of this predicament, ranging from large structural shifts to the piecemeal adoption of harsher criminal laws. Enmeshed in these developments nonetheless there is also important institutional modifications in the configuration of the criminal justice system”.

²⁷⁰ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, op. cit., p. 125.

²⁷¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki, NICOLÁS LAZO, Gemma, *La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 230.

²⁷² FONSECA, David S., “Expansion, stardardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 2: “The return of democracy in the 1980s in Brazil went along with a new constitutional order based on the respect for human rights and the provision of a vast set of social rights (Carvalho, 2001; Holston, 2007). The new legislative framework established a number of measures to improve social conditions and ameliorate the living standards of marginal sectors of society. This short process may have reached a blind alley in recent months, adding another somber chapter to the convoluted history of Latin American democracies. In spite of this democratic rupture, whose serious consequences are still unfolding, upward social mobility and poverty alleviation had changed the structural configuration of the country in more recent years (Bresser-Pereira, 2014; Pochmann, 2012). These changes in the social structure have been extremely welcome, but they do not offer a complete picture of recent transformations.”.

²⁷³ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 265.

criminalidad fue en los años 70-80^{274/275}, unos 10-15 años después de Estados Unidos²⁷⁶.

En definitiva, la “americanización” del discurso político es muy claro en toda América Latina, especialmente a partir de los años 1980 y de la adopción de políticas neo-liberales en esos países²⁷⁷. Los países se han visto en la era postindustrial sin darse cuenta. En Brasil eso está muy claro, además por la extensión continental del país^{278/279}, su incremento de población urbana, cambios en el mercado de trabajo, etc²⁸⁰.

²⁷⁴ FONSECA, David S., “Expansion, stardardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 3.

²⁷⁵ CHEVIGNY, Paul., “The populism of fear. Politics of crime in the Americas”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 83: “One result of continuing economic inequality, unemployment and the attendant social dislocation has been a rise in crime in Latin America; in Brazil and Argentina, the rise began in the 1980s, pushed by inflation, poverty and inequality. Although the fact of such a rise seems clear enough, particularly regarding homicides, its dimensions are not clear; in many countries, crime statistics are not systematically collected and recorded (CEPAL, 1999: Ch. 6). The fear of crime feeds on anecdotes in the press as well as political rhetoric. It is not, however, much related in the public mind to racial conflict. In Argentina and Mexico, race is hardly recognized as an element in the crime problem, and racial groups are not particularly marked out as dangerous in the popular mind. In Brazil, there is considerable discrimination against non-whites, both by the police and the population in general, but the rise in crime does not seem to be identified strongly in the popular mind with any racial group”.

²⁷⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 272.

²⁷⁷ CHEVIGNY, Paul., “The populism of fear. Politics of crime in the Americas”, in *Punishment & Society*, Vol 5 (1), pp. 77-96, p. 82.

²⁷⁸ WACQUANT, Loïc, “Toward a dictatorship over de poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil”, in *Punishment & Society*, Vol 5 (2), Sage Publications, pp. 197-205, p. 197: “Like many countries of the Second World caught in the throes of post-Fordism before they could reap the full benefits of Fordist-style development, Brazil is tempted to import the US-style discourse and policy of ‘zero tolerance’ because, enshrouded in the aura emanating from America as the world’s sole symbolic superpower and global Mecca of crime control, they appear cutting edge, effective and efficient; and because they are the indispensable order-maintenance counterpart to policies of economic deregulation and fiscal austerity adopted by Latin American countries under the press of international financial agencies. But in Brazil, as in neighboring nations, this borrowing promises to produce a social catastrophe of historic proportions because the depth and scale of urban poverty are much greater, violent crime is more prevalent and more entrenched in the history and economy of the country, and because the Brazilian police is not a remedy against violence but a major source of violence in its own right. Moreover, Brazil does not possess a rationalized court system capable of ensuring minimal protection of constitutional rights and its prisons are plagued by fantastic overcrowding, gross lack of access to food, hygiene and health and inordinately high levels of brutality, akin to concentration camps for the disruptive fractions of the (sub)proletariat. Under such conditions, to respond to the disorders generated by the rise of absolute and relative poverty associated with

Eses hecho son comunes en toda Latinoamérica – el Populismo punitivo y el recrudescimiento penal trasciende las fronteras de los países latinoamericanos, siendo algo que identifica a varias regiones del continente²⁸¹ – tanto impuesto “desde arriba”²⁸², por los propios fundamentos de gobiernos con ideas semejantes a las doctrinas de REAGAN (en EE.UU.) y THATCHER (en Gran-Bretaña), como para atender a los reclames populares, por presiones de las masa y movimientos sociales, o sea, “desde abajo”²⁸³.

incorporation in the emergent neoliberal global order with the penal apparatus is tantamount to instituting a chaotic dictatorship over the poor, and therefore antithetical to the project of nation building on a pacified and democratic basis”.

²⁷⁹ WACQUANT, Loïc, “Toward a dictatorship over de poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 198: “This is to say that the alternative between the social treatment of poverty and its correlates, anchored in a long-term vision guided by the values of justice and solidarity, and its penal treatment, trained on the most restive fractions of the subproletariat and focused on the short term of electoral cycles and moral panics orchestrated by a media machine running out of control, before which Europe now finds itself in the wake of the United States, poses itself in particularly dramatic terms in the newly industrialized countries of South America, such as Brazil and its main neighbors, Argentina, Chile, Colombia, Paraguay and Peru, which have been among the leading importers of US-style penal discourse and policies around the world. From Brasília to Caracas to Buenos Aires, public officials have raced to adopt measures patterned after those showcased by (or glibly attributed to) Rudolph Giuliani in New York City; and politicians have run head over heels to be photographed alongside the living incarnation of penal rigor, William Bratton, latter-day prophet of the religion of ‘zero tolerance’ and globe-trotting ‘consultant in urban policing’ since he was fired from his position as head of the New York City Police Department in 1994”.

²⁸⁰ FONSECA, David S., “Expansion, stardardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 6.

²⁸¹ SOZZO, Máximo, “Democratization, politics and punishment in Argentina”, in *Punishment & Society*, 2016, Vol 18 (3), Sage Publications, pp. 301-324, p. 307: “From the mid-1990s onward, there was a change in the relationship between punishment and democracy in Argentina. The mode of penal policy-making and its predominant orientation showed a marked shift that seemed to displace radically its precedent traits”.

²⁸² SOZZO, Máximo, “Democratization, politics and punishment in Argentina”, in *Punishment & Society*, op. cit., pp. 301-324, p. 311: “It was a penal populism “from above,” built by members of the elites. It did not have a starting point and was not subsequently accompanied by social movements “from below” that strongly and persistently embodied this kind of punitive claims. Pratt distinguishes “penal populism” from “authoritarian populism,” which characterized political programs as Thatcherism in Britain. In the latter case, “there was no popular movement outside the establishment putting forward the view of ‘the people’ that politicians could then make synergy with” (2007: 33). For him, in the emergence of “penal populism,” this kind of “popular movement” became central. In Argentina, in this first wave, such processes did not acquire the degree and weight mentioned by Pratt (see also Pratt and Clarke, 2005: 304–307, 313–315). This is precisely the main change that penal populism would experience in the early 2000s”.

²⁸³ SOZZO, Máximo, “Democratization, politics and punishment in Argentina”, in *Punishment & Society*, op. cit. 301-324, p. 313: “The previous wave of penal populism had broken with the elitist and expertdriven mode of penal policy-making, protected from any kind

La conmoción social experimentada especialmente con hechos violentos – resaltadas por los medios de comunicación²⁸⁴ – es influyente en ese contexto político-criminal. El problema es que el Derecho penal ni siempre es la solución para esos dramas cotidianos, siendo muchas veces aplicado como un remedio simplemente para contener la ansiedad de las masas – en una clara manera populista – los cambios institucionales y la expansión del Sistema penal acaban por ser elementos de pura retórica y con rasgos plenamente simbólicos²⁸⁵. Eso sin hablar en la industria privada de seguridad, que tiene fuertísima expansión en

of intervention by the public and with its predominant orientation towards penal moderation, though always limited in its real effects. This first wave, constructed in the political and media fields, put what “the people” thought and wanted on these issues at the center of the public sphere for the first time in the transition to democracy, carrying a message that a real democratization in the penal field was still lacking. This message encouraged certain social actors confronting concrete manifestations of crime and using their victimization as a legitimating basis, to declare themselves representatives of “the people” and to present demands for penal changes. In this sense, this wave of penal populism “from below” was based on the previous wave of penal populism “from above.”

It was also made possible by the “crisis of insecurity,” socially and politically constructed since the late 1990s. This was closely connected with the devastating economic, social, and cultural effects of neoliberal reforms that had created widespread social vulnerability and exclusion, and a diffused sense of uncertainty, precariousness, and mutation—even among the socially included—that had found a channel for expression and condensation through the problem of street crime”.

²⁸⁴ CHEVIGNY, Paul., “The populism of fear. Politics of crime in the Americas”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 79: “The sense of danger due to crime as well as the appeal of repressive anti-crime policies, is amplified by a free press. In Buenos Aires, São Paulo, New York and Mexico City, the several competing daily papers as well as television and radio feed upon crime to draw readers, listeners and viewers, who look on with fascinated horror as the media comment on murders, rapes, and other outrages. The candidates, in turn, seize upon the increasing fear, and the media obliges by reporting more crime. The situation was otherwise under the dictatorships in Brazil and Argentina; because the governments wanted to convey a sense of control and tranquility, they often failed to release crime data, and discouraged the press from upsetting the public. In Mexico as well, before the governing party began seriously to lose its grip, and the country passed into an economic crisis, people felt and the press conveyed a sense of tranquility that was difficult for observers from the north to understand”.

²⁸⁵ FONSECA, David S., “Expansion, standardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 16: “In contemporary democracies, crime control has become one of the most powerful elements of political rhetoric, in which voices against the expansion of the criminal justice system are hardly ever heard. Although seemingly neutral and innocent, the increase in system reach and effectiveness makes it more incisive and, consequently, heavily prejudicial to social life. Instead of praising these institutional changes as harbingers of progress, it is fundamental to bear in mind their unintended consequences and their potential disruptive results in the organization of social life”.

Latinoamérica, especialmente en la clase social más abastada económicamente²⁸⁶.

En Brasil son muchos las concreciones de ese endurecimiento de la Política criminal que llaman la atención. Está presente una punitividad difusa y presión popular por mayor severidad en las leyes penales, colaborando con el incremento de las tasas de encarcelamiento. La retórica política contribuyó mucho para ese contexto, especialmente con el público clamando por respuestas más graves del Estado hacia el delito, y la búsqueda de ventajas electorales por los políticos, explotando esa plataforma²⁸⁷.

Esas posturas pragmáticas y simbólicas, de franca inspiración en el modelo “Tolerancia cero”, traspasadas al ordenamiento brasileño sin necesariamente una reflexión sobre su propia creación teórica y sus consecuencias prácticas, especialmente en la implementación de penas privativas de libertad y vulneración de Derechos fundamentales. Eso sin hablar en el encarcelamiento masivo, que acabó por culminar en una crisis sin precedentes en las prisiones brasileñas dominadas por organizaciones criminales²⁸⁸.

²⁸⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, op. cit., p. 281.

²⁸⁷ FONSECA, David S., “Expansion, stardardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, op. cit., pp. 6-7: “In the wake of these changes, elements of political rhetoric also have contributed to a harsher response from the state apparatus. According to some accounts a diffuse punitiveness would have found expression in law and order movements and pressures for more severe criminal laws, leading to the upsurge in imprisonment (O’Malley, 1999; Pratt, 2007). In the face of a perceived escalation of crimes, public opinion would welcome more austere responses. In some accounts, a new rhetoric and style of governance, in which crime gets to center stage, have become widespread (Simon, 2007). At the same time, political actors would play upon popular anxieties in search of electoral advantage (Beckett, 1997; Gottschalk, 2006). This would have taken place in many countries in Latin America, including Brazil and Argentina (Beckett and Godoy, 2008; Sozzo, 2016)”.

²⁸⁸ FONSECA, David S., “Expansion, stardardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 15: “Despite the controversial relationship between criminality and incarceration, I would argue that the increase of recorded crimes and the prison population combine in an intricate process of expansion and effectiveness in the state bureaucracy”.

Así las cosas, la tentación del también llamado “populismo del miedo” (*populism of fear*) prevalecen en muchos regímenes democráticos. La idea de fuerte control social, de endurecer hacia el fenómeno delictivo es algo común en la retórica política, en el intento de los políticos consiguieren atender a la ansiedad de las masas²⁸⁹

Hay, en verdad, un elemento nuevo que no encontramos en el recrudescimiento de las democracias europeas y anglosajonas: la presión propia de los políticos hacia los medios de comunicación para propagandear el incremento del delito, con objetivo de desmovilizar las protestas sociales, y movilizarlas en la “lucha contra el delito” – una verdadera llamada de atención para el tema de la seguridad pública²⁹⁰.

²⁸⁹ CHEVIGNY, Paul., “The populism of fear. Politics of crime in the Americas”, in *Punishment & Society*, op. cit., pp. 78-79: “The temptations of the populism of fear are prevalent in democracies. It is true that openly authoritarian regimes are often effectively repressive; they may, for example, incarcerate proportionately more people than democratic regimes (Greenberg, 2002, forthcoming). Social control is commonly carried out by close surveillance of the people, as in Cuba, with repressive actions well targeted for political effect (Chevigny, 1999). Such regimes, however, do not share the style found in the democracies, including flamboyant police abuses in the streets and ‘tough on crime’ rhetoric, a style that creates an atmosphere of disorder that itself contributes to the politics of crime. Political scientists have remarked that populism casts itself as an ‘anti-system’, in conflict with the politicians in power (Novaro, 1999: 26; Weyland, 1999); this characteristic is salient in the populism of fear in democracies. Political campaigners virtually ‘run against the state’, complaining that the judges, the executive, and the laws themselves are too weak in the face of crime. They run also against the experts, championing a vengeful, punitive approach to crime, as contrasted with the more nuanced approach of many criminologists. The appeal of the politics of crime, moreover, is not limited to those who happen to be in the opposition; the rhetoric that the voters are threatened with danger, both to person and property, that the candidate’s anti-crime policies will make them safe, while his opponent’s proposals will increase the danger, is a pitch that few campaigners, whether in or out of office, can resist. The temptations of the populism of fear ensnare politicians, even when they are aware that such politics has something in common with authoritarian rule, and pulls a democracy in that direction (Dahrendorf, 1985: 160; Hall et al., 1978)”.

²⁹⁰ CHEVIGNY, Paul., “The populism of fear. Politics of crime in the Americas”, in *Punishment & Society*, op. cit., p. 83: “The pressures to draw upon the fear of crime for political advantage are enormous. Because the governments adhere to neo-liberal policies, and usually cannot promise a large number of jobs or other relief measures to their constituents, politicians are confronted with constant social protest, to which they must make some reply, even if they cannot promise relief. Even in the 1980s, before the liberal policies were so firmly adopted, the widespread depression and inflation presented the public with a bleak picture. When the rise of crime is of great concern to the voters, it would seem all but irresistible for politicians to turn the voters’ attention to personal security.

The politicians have indeed made that choice as a way to mobilize the voters, in order to be able to promise them something when they cannot do much against unemployment and

En definitiva, el contexto del recrudescimiento penal populista, tanto en los países anglosajones, como en Europa, y en Latinoamérica son semejantes. Los rasgos es que muchas veces tienen diferencias. Mientras los anglosajones y Europa poseen muchos más recursos para utilizar en programas sociales, y tuvieron una efectiva implantación del Estado del bienestar, Latinoamérica ha sufrido muchísimo con problemas sociales – eso hace con que sea aún más perversa la utilización de la alarma social hacia el delito como instrumento de retórica política electoral. La corrupción también es un hecho grave en esos países, junto al narcotráfico y la marginalización social. Los perfiles delictivos son distintos²⁹¹, pero, al final, el miedo al delito acaba siendo el mismo en donde se echa la mirada, especialmente el miedo al delito violento²⁹².

poverty. But the effects have been somewhat different in Brazil, Argentina and Mexico than in the USA, as will become clearer in the sections on the individual countries that follow”.

²⁹¹ DE SOUZA, Elenice, Miller, Joel, “Homicide in the Brazilian Favela. Does opportunity make the killer?”, in *British Journal of Criminology*, 2012, 52, pp. 786-807.

²⁹² CHEVIGNY, Paul., “The populism of fear. Politics of crime in the Americas”, in *Punishment & Society*, op. cit., pp. 91-92: “In Brazil and Argentina, the forces pushing toward the populism of fear seem in some ways more compelling than they are in the USA. In North America, the abandonment of social services has been deliberate; the USA has the resources, if it chooses, to strengthen many of its social programs. For Brazil and Argentina, on the other hand, due to the strictures imposed as a result of their external debts as well as political limits on their ability to collect taxes, it is more difficult to revert to the level of public expenditures that prevailed under economic populism. Hence the fiery rhetoric of the ‘hard hand’ against crime, and the numbers of people who suffer death or harassment at the hands of the police. In Mexico, similar forces are at work, but crime as a political problem is relatively new and the clientistic way of seeking the allegiance of voters has continued to be strong”.

CAPÍTULO VII

VICTIMIZACIÓN Y POPULISMO PUNITIVO

I.- La crisis de los modelos tradicionales

La época en que vivimos está caracterizada por los cambios de la postmodernidad¹. Los nuevos riesgos, el cambio en la velocidad de las informaciones son retos irreversibles en nuestra sociedad. También hay una sensación de alarma en cuanto a la violencia y la delincuencia – que no podemos necesariamente, en ámbito científico, asumir que sea necesariamente real, ya que las estadísticas pueden ser interpretadas de distintas maneras – hay que tener cuidado con el análisis².

Las legislaciones, en ese contexto, son pródigas en reformas penales³, procesales y penitenciarias, muchas veces llevadas a cabo de manera absolutamente oportunista⁴. En todo ese contexto, el modelo que más sufre críticas e ideas de superación es el modelo garantista, especialmente en su concepto de autolimitación del Sistema penal⁵.

Ya nos parece absolutamente claro que es natural del ser humano practicar delitos, sean o no violentos – la propia historia de la humanidad es prueba de eso,

¹ RANDO CASERMEIRO, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 1/2010, Barcelona, p. 4.

² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, p. 61 y ss.

³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-03, 2004, pp. 03: 1-34, p. 03: 1.

⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 61.

⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 62-65.

por estar llena de hechos violentos⁶ – lo que no justifica la impunidad, que debe ser combatida para la mejoría del propio Sistema penal⁷.

Pero hay, claramente, un movimiento que busca el endurecimiento punitivo, con objetivo de dar a la sociedad respuestas a la inseguridad propia de la era postindustrial – cierta parte de ese movimiento se puede llamar de populismo punitivo, y aparece gracias a las crisis⁸ de los modelos tradicionales⁹.

Las iniciativas que se oponen al endurecimiento punitivo nada tienen que ver con una insensibilidad frente a las víctimas del delito o de la propia inseguridad social, pero hay que hablar de la quiebra de paradigmas clásicos del Derecho penal y de la Política criminal, lo que siempre demandará una investigación meticulosa sobre los modelos clásicos de la Política criminal¹⁰.

El quebrantamiento de garantías típicas del Derecho penal tradicional, los bienes jurídicos colectivos, el Derecho penal puramente simbólico y careciendo de capacidad para dar una protección eficaz, son algunas características típicas

⁶ POSNER, Richard, *The economics of justice*, Harvard University Press, London, 1981, p. 208: “We have seen that the threat of retaliation is the basic mechanism by which public order is maintained in primitive societies. Here I inquire into the incentive or motivation of an individual or of a member of his kinship group to retaliate for a wrong done to him. Deterrence could be a motivation. The vigor with which the victim or his kinship group avenge the present wrong may influence the probability of future aggression against them. One reason why vengeance is a family obligation in primitive societies may be precisely to involve in the enforcement process an entity with a sufficiently long future to have substantial interest in deterrence”.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor*, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, María Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Granada, 2009, p. 19.

⁸ BARBERO SANTOS, Marino, *Presentación*, en DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 13.

⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 79-82.

¹⁰ LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección: En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2009, p. 55.

del Derecho penal moderno, o *Derecho penal del riesgo*, haciendo los modelos tradicionales político-criminales perdieren su efectividad y causando su crisis¹¹.

Algunos fenómenos relevantes que transitan por la crisis de los modelos tradicionales, en ese contexto de la *(in)seguridad ciudadana* son: que la doctrina penal ha permanecido anclada en el modelo analítico garantista del Derecho penal mínimo por mucho tiempo, sin una aproximación social y política de la delincuencia¹²; y que el centro del debate ha estado dominado por la propia sociedad del riesgo, habiendo permitido un desarrollo paralelo del modelo de *seguridad ciudadana*^{13/14}.

O sea: el modelo de seguridad ciudadana surge como un modelo que mezcla varias características, algunas especialmente originadas en el debate de los países anglosajones, que visan el endurecimiento punitivo. Mientras se daba la discusión respecto la sociedad del riesgo, sus conceptos fueron adentrando al Sistema penal, terminando por cambiar el estado de cosas y crear un modelo que carece de base plenamente racional¹⁵.

Todo eso tiene su génesis justamente en lo que ya hemos discutido: el colapso sufrido por el modelo resocializador¹⁶ y el welfarismo penal, en la crisis

¹¹ RANDO CASERMEIRO, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, op. cit., p. 4.

¹² TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Política criminal con bases empíricas en España”, *Polít. Crim.*, nº 3, 2007. A8, pp. 1-16, pp. 11-12.

¹³ RANDO CASERMEIRO, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, op. cit., p. 5.

¹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-01, 2005, pp. 01: 1-37.

¹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, op. cit.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 95-96: “Sea como fuere, mi opinión es que el fenómeno no es casual. Por el contrario, el “retorno” de la inocuización se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la política criminal; y no sólo de la política criminal norteamericana”.

del Estado del bienestar (especialmente en los países anglosajones, en las décadas de 60-70)¹⁷.

Según DIEZ RIPOLLÉS, basado en la doctrina de David GARLAND, esa crisis de los modelos tradicionales – y el nuevo modelo de seguridad, posee algunas ideas motoras, que son: el protagonismo de la delincuencia clásica; prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad y miedo al delito; sustantividad de los intereses de las víctimas; populismo y politización; revalorización del componente aflictivo de la pena; redescubrimiento de la pena de prisión; ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal; implicación de la sociedad en la “lucha” contra la delincuencia¹⁸.

Trataremos al largo de los próximos apartados de detallar algunos de esos rasgos, para comprender como el discurso populista pudo engendrar nuevas ideas en la Política criminal, transformando los modelos clásicos y cambiando paradigmas de las políticas públicas¹⁹.

El ambiente está claro: una crisis generalizada de los modelos tradicionales – especialmente el modelo garantista²⁰, que permitió que se infiltrasen las ideas propias del modelo de la seguridad ciudadana, y la consecuente introducción de elementos populistas que acabaron por provocar el franco endurecimiento penal que asistimos en nuestra sociedad actual.

¹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, op. cit., pp: 03: 3-6.

¹⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, op. cit., pp: 03: 6-21.

¹⁹ BOTELLA CORRAL, Joan, *Introducción*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15: “En las últimas décadas hemos asistido en el conjunto de las democracias occidentales a una revisión en profundidad de las políticas penales anteriormente existentes. Para precisar más: se ha producido una continua erosión de la cultura garantista y orientada a la reinserción, cultura propia de las políticas penales del Estado del bienestar. No se trata sólo del incremento de las penas ni de la tipificación de nuevas conductas delictivas, sino, más profundamente, de la revisión de la conceptualización de la delincuencia, de los factores que la explican y de las medidas que deben adoptarse”.

²⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, op. cit., p: 03: 21 y ss.

Asistimos no sólo al endurecimiento de las normas de control social formalizado (penal), sino que también una crisis de referentes identitarios, y la intensificación del carácter multicultural, que acaba por reformar las propias normas informales de comportamiento²¹.

El modelo de la seguridad ciudadana no es un modelo por venir, sino que totalmente consolidado en nuestra sociedad²². Es una constatación, donde hay que cuidar para que eso no tome proporciones aún más duras, especialmente con francas bases populistas. Nuestra idea aquí no es necesariamente proponer un abandono de ese modelo, ya que se encuentra plenamente consolidada²³, sino que buscar amenizar algunos rasgos graves, y evitar una proposición de modelos aún más irracionales²⁴ de Política criminal²⁵.

En definitiva, la Política criminal que vemos emerger de ese contexto de crisis de los modelos tradicionales no tiene efectos positivos a medio y largo plazo en el abordaje de la prevención de la delincuencia – al contrario de lo que

²¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 39: “Sin embargo, la emergencia de la sensación social de inseguridad obedece también a otro conjunto de factores ubicados más allá del plano estrictamente económico, que conforman, junto a esas realidades citadas, lo que BECK denomina el futuro de inseguridad permanente. Entre ellos pueden citarse los bajos niveles de cohesión social y de solidaridad comunitaria derivados de la crisis de referentes identitarios como la nación, la familia, o la clase, así como de la intensificación del carácter multicultural de las sociedades occidentales contemporáneas (pérdida de identidad en lo local). Todo ello en el marco de una profunda reforma de las normas informales de comportamiento”.

²² RANDO CASERMEIRO, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, op. cit., p. 6.

²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., pp. 01: 10: “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 políticocriminal, de las que paso a exponer las más significativas”.

²⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Política criminal con bases empíricas en España”, *Polít. Crim.*, op. cit., p. 1.

²⁵ BOTELLA CORRAL, Joan, *Introducción*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 19.

pueda parecer en una primera mirada²⁶. Tratase de un modelo que no preserva los ciudadanos de eventuales abusos de los poderes públicos²⁷.

La situación de crisis es la misma tanto en los países anglosajones, como en Europa y en Latinoamérica. Hay una sensación de que vivimos una situación de emergencia y una evasión, o negativa – *acting out* – donde las respuestas acaban siendo evasivas o arbitrarias, para no confrontar la crisis²⁸.

El descrédito del discurso penal está claro, especialmente en su realidad operativa²⁹, dejando claro la falta de creencia en la pena – el lema “*Nothing works, but prison*” -, los partidos políticos dejaron de lado el objetivo de tornar la pena efectivamente utilitaria, para volver al discurso retribucionista puro³⁰.

En términos prácticos, en cuanto a la producción legislativa – actividad política por definición, y de gran importancia para todo el contexto de la Política criminal, la utilización de técnicas de control social basadas en la sociología, en un momento en que hay una seria crisis de representatividad de los partidos políticos, y de desilusión con la política, sea donde se eche la mirada, acaba por tener consecuencias en ese recrudecimiento y el cambio de modelos penales³¹.

²⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., pp. 01: 2.

²⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El abuso del sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-01, 2017, pp. 1-24.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 16.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, op. cit., pp. 19-20.

³⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 91: “Los fines utilitaristas de la pena basados en la idea de la reinserción social se encuentran en crisis. Los intentos por reinsertar al delincuente no se toman en serio. Los partidos políticos, tanto neoconservadores como progresistas hace tiempo que abandonaron este objetivo. Todo ello está dejando paso al fundamento neorretribucionista, basado en la idea del castigo. Bajo el lema “*Nothing Works, but Prison*”, el nuevo mensaje político criminal de barrer a los delincuentes de la calle no se priva de afirmar que la única sanción que sirve para disuadir a los delincuentes y satisfacer a las víctimas es la prisión. Las altas tasas de encarcelamiento que presentan países como Estados Unidos, Reino Unido y España, en los últimos años, no vienen más que a confirmar esta idea”.

³¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 56.

En definitiva, el Estado se encuentra limitado frente a los fenómenos delictivos, el protagonismo de la violencia callejera, el miedo al delito, entre otros fenómenos propios de nuestra sociedad moderna. Acaba por desaguar en un concepto de “lucha” frente al delito, en un Derecho de la seguridad, inverso al Estado democrático de Derecho. Ese modelo punitivista lleva a la postura de combate a la delincuencia, sin importar los costos – especialmente a los Derechos fundamentales. Pagase un precio muy caro por superar esta debilidad del Estado frente al delito: el Derecho penal únicamente simbólico, que, a largo plazo, no resuelve el problema de la delincuencia de manera efectiva³².

II.- El sentimiento colectivo de inseguridad y el alarmismo social

Los medios de comunicación de masas y las redes sociales han tornado las informaciones más rápidas y eficientes. Pero, al mismo tiempo, colaboran para una alarma colectiva, casi una histeria, relacionada a un posible crecimiento de la violencia – que como hemos dicho, del punto de vista científico, no puede ser considerado necesariamente real -, y colabora para aumentar la presión sobre los poderes públicos hacia un endurecimiento punitivo concreto³³. A respecto de eso, hay numerosos estudios respecto la influencia de los medios de comunicación en el sentimiento colectivo de inseguridad³⁴.

³² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, 2813, 2001, Actualidad Penal, Sección Doctrina, 2001, Ref. I, pág. 1, tomo 1, Editorial La Ley, pp. 1-20, p. 1.

³³ GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 11: “En efecto, al plantearse la investigación, constituía ya un lugar común entre los penalistas la influencia que los medios de comunicación ejercen sobre los poderes públicos y, especialmente, sobre el poder legislativo, mediante un determinado tratamiento de los temas penales”.

³⁴ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 52-53: “Con una perspectiva criminológica, Rechea Alberola y su equipo 23 recopilaban una gran cantidad de datos entre los años 1995 hasta 2004 sobre el incremento de la presencia de temas penales en los medios de comunicación, a fin de contrastarlos con la percepción social de la delincuencia —medida mensualmente por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), y con las estadísticas oficiales sobre delitos y faltas. El objetivo de estas investigadoras era verificar si las oscilaciones en el sentimiento de inseguridad

La alarma social acaba por culminar en concreciones distintas de endurecimiento penal, sea en el momento legislativo, sea en el momento judicial, utilizando ese sentimiento colectivo de manera instrumental³⁵, como se fuera apaciguar las reacciones emocionales de la sociedad, con intuito únicamente simbólico³⁶.

Es normal que los miembros de la sociedad moderna tengan miedo al delito³⁷ – la agenda de los medios de comunicación está repleta de noticias respecto fenómenos delictivos distintos³⁸ –, y no es nuestro objetivo criticar la

estaban relacionadas con lo publicado al respecto en los medios de comunicación. Partían de la idea de que existía una excesiva presencia de temas penales en la prensa, y que los topes, los puntos máximos de esta presencia, coincidían con los picos del aumento de la “inseguridad ciudadana”, que, a su vez, no reflejaban un aumento real de la delincuencia.”

³⁵GARLAND, David, “The culture of high crime societies” Some preconditions of recent ‘Law and Order’ policies, *British Journal of Criminology*, Vol 40, 2000, pp. 347-375, pp. 347-348: “The perceptual and emotional strands of this collective experience have been taken up, reworked, and inflected towards particular outcomes by politicians, policy makers and opinion-formers. The political process is, in that sense, determinative. But it would be a mistake to focus all of our attention upon these processes of political transformation and representation. The newly emerging policies of crime control also depend for their possibility and their popular resonance upon the pre-existence of certain wide-spread social routines and cultural sensibilities. These routines and sensibilities are the extra-political conditions that have made policies of this kind possible (in the technical sense) and desirable (to key sectors of the electorate) in the UK and the USA.

Since it is in the political realm that crime-control strategies are developed, argued for, and legislated, it is not surprising that most commentary has focused upon this political process and the interests and ideologies involved. I will argue, however, that the new politics of crime control are socially and culturally conditioned and that the content, timing, and popular appeal of these policies cannot be understood except by reference to sifts in social practice and cultural sensibility. This is not, I repeat, to imply that political decisions and policies are determined, or made inevitable, by events and circumstances occurring elsewhere. Politics and policy always involve choice and decision making and the possibility of acting otherwise. My argument is that policies of the kind discussed here have certain conditions of possibility and that the presence of these background conditions substantially increases the probability that these policies will occur”.

³⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 13.

³⁷ NEUMANN, Ulfrid, *Alternativas al Derecho penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 206.

³⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1, Barcelona, 2013, p. 5: “La “nueva” sensibilidad se manifiesta cuando el ciudadano de la sociedad del bienestar, temeroso de perder la posición social adquirida, y expuesto cada vez más a los medios

libertad de prensa y el flujo de informaciones, sino que el exceso de espectacularización sobre el delito³⁹, así como el carácter especulativo que tiene el propio concepto de miedo al delito⁴⁰.

Lo que también debe ser criticado es la simplificación del tema: faltan estudios más claros para fundamentar una Política criminal que responda a las tasas de delito, además por tratarse de un área donde la medición ni siempre es confiable: muchas víctimas dejan de reportar crímenes, caen en la cifra negra⁴¹, o sufren de victimización repetida o múltiple⁴², además de eso, no hay una consideración por la diferencia de la experiencia colectiva de distintas sociedades o clases sociales^{43/44} – grupos sociales distintos tienen procesos distintos de victimización, o miedo al delito, lo que acaba por determinar la alarma colectiva –, pero las concreciones del fenómeno acaban siendo siempre las mismas: un endurecimiento punitivo⁴⁵.

masivos de comunicación, conecta emocionalmente con la imagen de las víctimas que éstos le proporcionan”.

³⁹Véase como un ejemplo de la espectacularización del delito por los medios masivos de comunicación el caso pasado en 29 de julio de 2010, en Argentina (La Plata, provincia de Buenos Aires), cuando Carolina Píparo, una joven mujer embarazada que fue atacada por delincuentes. El caso generó repercusiones sociales a través de los medios, y fue analizado específicamente por MOLINA, María Lúcia, PÉREZ, Mariana, DE LA VEGA, María Lúcia, “Un análisis sobre la inseguridad en la prensa”: representaciones discursivas sobre el delito en un caso periodístico, *Discurso & Sociedad*, Vol. 8 (2), 2014, pp. 234-298.

⁴⁰FARRALL, Stephen, BANNISTER, Jon, DITTON, Jason, GILCHRIST, Elizabeth, “Social psychology and fear of crime” Re-examining a speculative model, *British Journal of Criminology*, Vol 40, 2000, pp. 399-413.

⁴¹FARRALL, Stephen, BANNISTER, Jon, DITTON, Jason, GILCHRIST, Elizabeth, “Questioning the measurement of the ‘fear of crime’” Findings from a Major Methodological Study, *British Journal of Criminology*, Vol 37, n. 4, Autumn 1997, pp. 658-678, pp. 658-659.

⁴²HOPE, Tim, BRYAN, Jane, TRICKETT, Alan, OSBORN, Denise R., “The phenomena of multiple victimization” The relationship between personal and property crime risk, *British Journal of Criminology*, Vol 41, 2001, pp. 595-617.

⁴³PANTAZIS, Christina, “‘Fear of crime’, vulnerability and poverty” Evidence from the British Crime Survey, *British Journal of Criminology*, Vol 40, 2000, pp. 414-436.

⁴⁴MIETHE, Terance D., STAFFORD, Mark C., LONG, Scott J., “Social differentiation in criminal victimization”: A test of routine activities/lifestyle theories, *American Sociological Review*, Vol. 52, No. 2, April, 1987, pp. 184-194.

⁴⁵GARLAND, David, “The culture of high crime societies” Some preconditions of recent ‘Law and Order’ policies, *British Journal of Criminology*, op. cit., p. 355: “The collective experience of crime will tend to be highly differentiated and stratified, particularly in modern societies. Social groups are differentially placed in respect of crime – differentially vulnerable to victimization, differentially fearful about its risks, differentially oriented by values, beliefs and education in respect of its causes and remedies”.

Hay también que considerarse que el miedo al delito y el grado de inseguridad⁴⁶ no solo se puede medir por la cantidad de delitos, sino que por el sentimiento general. Hay sí que considerar el sentimiento de desamparo de las víctimas, como vamos a ver adelante, hay que indagarse cuál es el estado en que se encuentran las víctimas, pero hay que tomar cuidado con el nivel de exasperación que los medios de comunicación llevan a hacer creer que la sociedad se siente insegura⁴⁷.

El Sistema penal ya encierra costos sociales importantes, como una producción de sufrimiento y estigmatización – del delincuente, de la víctima y de todo el entorno social, y el propio alarma social y temor al delito pueden ser considerados partes de esa categoría, y es un hecho social que no puede ser subestimado⁴⁸.

Así las cosas, nos parece absolutamente claro que la delincuencia y la forma de “luchar” contra el delito (para usar una expresión muy actual, ya que la

⁴⁶ CUBERT, Jaume, *Un mundo inseguro*, La seguridad en la sociedad del riesgo, Editorial UOC, Barcelona, 2011, p. 25: “Consecuentemente, en cada uno de los tres niveles – universal, particular y singular – que configuran la realidad actual, no solo se producen las distintas manifestaciones, objetivas y subjetivas de inseguridad sino que también encuentran su origen las correspondientes estrategias básicas de seguridad: individual (egocéntrica: yo contra todos), grupal (etnocéntrica: nosotros contra ellos) y colectiva (mundicéntrica: todos nosotros)”.

⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro*, Hacia un Sistema penal de alternativas, PPU, Barcelona, 1993, pp. 13-14: “Dado el estadio que han alcanzado las investigaciones en materia de actividad criminal, aparece claro que la seguridad ciudadana no se puede afinar exclusivamente en la defensa social respecto el delincuente. Y que necesariamente, por tanto, tienen que considerarse la víctima, más aún cuando aparece demostrado que la inseguridad ciudadana no sólo tiene un carácter objetivo, sino también uno subjetivo. Esto es, que la inseguridad no sólo se mide por el número de delitos efectivos que se han cometido, sino también por el sentimiento de la ciudadanía de poder ser víctima de un delito, y en que esta inseguridad subjetiva puede ser enormemente superior a la objetiva y provocar graves problemas en el funcionamiento del sistema. En la configuración de ese sentimiento de inseguridad también jugaban un rol importante las víctimas efectivas y su sentimiento de desamparo y alienación, lo cual entonces hace que también desde esta perspectiva resulte importante la indagación sobre las víctimas”.

⁴⁸ HULSMAN, Louk, *El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas*, traducido por Enrique Andrés FONT, en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, 2000, p. 81.

forma de responder a la criminalidad se ha convertido en “lucha”), son temas tratados a diario en los medios de comunicación⁴⁹. El miedo al delito se va tornando cada vez más claro en la sociedad, lo que ya fue percibido por los políticos, llevando ese contexto de lucha contra el delito a sus discursos y pronunciamientos⁵⁰.

En definitiva, se va construyendo así el verdadero contexto para desarrollarse aún más la Política criminal populista: el alarmismo social y el miedo al delito, el sentimiento público de inseguridad, se ha tornado la fuerza motriz para los discursos políticos que carecen de efectividad: al final, cuando tienen oportunidad de cambiar las cosas, se limitan a cambiar la legislación, endureciendo de manera concreta, pero sin eficacia. Las iniciativas legislativas en materia criminal, en el contexto de la inseguridad ciudadana, parece producirse sin un análisis calmo y tranquilo de la situación, sin analizarse sus efectos – pero con franco y claro contenido simbólico, que al final, aunque pueda producir cierta calma inmediata en la alarma social, al largo del tiempo se muestra completamente inefectivo⁵¹.

Un último reto que nos parece interesante es la comprensión de que parece faltar a la sociedad – especialmente a los políticos que se encargan de la hechura de normas penales – la sensibilidad en cuanto a la velocidad de los cambios sociales: hemos tenido una crisis del modelo del Estado de bienestar hace

⁴⁹ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005, p. 16: 2-3.

⁵⁰ MEDINA, Juanjo, “Criminología y política criminal: la necesidad de un foro de discusión”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, REIC, Int-03, 2003, pp. 1-10, p. 1: “La delincuencia y la respuesta social e institucional a la misma se han convertido en uno de los temas más destacados en los medios de comunicación españoles. Las principales formaciones políticas españolas también han otorgado una mayor relevancia a estas cuestiones en sus discursos y pronunciamientos públicos (Medina, En Prensa). Sin embargo, a pesar de la relevancia que se da a estos temas es también evidente la ausencia de un debate serio y riguroso sobre estas cuestiones. En el ámbito político criminal López Rey (1985) hace ya bastante años decía que en España se hacía política criminal ‘de sillón’ y en los albores del nuevo milenio las cosas no parecen haber cambiado mucho a pesar de la estabilización del modelo constitucional y democrático”

⁵¹ MEDINA, Juanjo, “Criminología y política criminal: la necesidad de un foro de discusión”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, op. cit., p. 1.

algunos años, y el modelo actual – de claros rasgos neoliberales – se caracteriza por la desregulación de los ámbitos de la vida social. El choque de esa desregulación con la generalizada inseguridad hay que comprenderse antes de cualquier concreción político-criminal⁵².

De todas formas, nos referimos al análisis de datos efectuada por DIEZ RIPOLLÉS en su libro “La Política criminal en la encrucijada”, y sus conclusiones, especialmente referente a que “la realidad de la delincuencia española no justifica el protagonismo adquirido por la inseguridad ciudadana en la agenda y en la opinión pública de los años pasados”. Obviamente, ese protagonismo llevó a cambios legislativos de mayor endurecimiento. El autor defiende el diseño de políticas públicas de integración, al revés de la búsqueda por el puntivismo⁵³.

Como vamos a ver adelante, la victimización social ha asumido un rol esencial en la agenda política. Pero es esencial comprender, antes de eso, el papel de los medios de comunicación, que han asumido la función de expositores y conductores del debate de muchos de los principales problemas sociales: seleccionan los acontecimientos y establecen las noticias que serán discutidas⁵⁴.

Así, los medios de comunicación juegan importante papel en todo ese contexto apuntado⁵⁵: somos como un auditorio, donde los medios masivos dirigen los *rituales penales* en la televisión, jugando con nuestras emociones.

⁵² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-12, 2011, p. 12: 10: “No obstante, otros teóricos han advertido de que las nuevas condiciones de la sociedad posmoderna ya no posibilitan proseguir con un estado del bienestar como el conocido en la segunda mitad del siglo pasado. En esta nueva sociedad, ciertamente de trazo neoliberal y con una notable desregulación de casi todos los ámbitos de la vida social, no tienen cabida amplias políticas asistenciales hacia los desfavorecidos, pues chocan con la generalizada inseguridad personal de la mayoría de la población. Los programas de inclusión social deberán encuadrarse dentro de un marco meritocrático y de comunidad de valores”.

⁵³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 3-28, especialmente p. 28.

⁵⁴ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 16: 2.

⁵⁵ CUBERT, Jaume, *Un mundo inseguro*, La seguridad en la sociedad del riesgo, op. cit., pp. 68-69.

Cuando en el “teatro” de la vida cotidiana tratado a través de una tela de televisión el castigo es clamado por presentadores carismáticos, están siendo manejados sentimientos de venganza, impotencia, inseguridad, rabia, entre muchos otros. Tratase de un momento, aunque pueda parecer íntimo, donde el miedo al delito, la inseguridad, se manifiestan, y buscarse, a través de palabras duras y de clamor al castigo, la *reafirmación simbólica del orden y la autoridad*⁵⁶. Es como si fuera un verdadero juicio penal⁵⁷ – pero simbólico – asistido a diario⁵⁸, o como las ejecuciones públicas llevadas a cabo en las plazas en los siglos del Antiguo Régimen.

⁵⁶ CUBERT, Jaume, *Un mundo inseguro*, La seguridad en la sociedad del riesgo, op. cit., pp. 13-14: “Por extrema que pueda parecer la comparación, no se halla tan lejos de la realidad, sin embargo, la respuesta dominante a los episodios agudos de inseguridad ciudadana. Cuando, en un momento y un lugar determinados, aumenta repentinamente la percepción social de inseguridad también lo hace una incontenente pasión prescriptiva: todo el mundo parece saber con exactitud qué es lo que hay que hacer y, ante tal avalancha de propuestas de acción, se abren paso en la opinión pública aquellas que resultan más originales, efectistas y drásticas. Gozan de especial aceptación las propuestas de actuación represiva que permitan identificar a culpables, individuales o colectivos y preferentemente extranjeros, a los que se puedan aplicar de inmediato medidas contundentes que, en su versión extrema, pueden incluir distintas formas de linchamiento ya se mediático o bien físico. Estos ‘palos de ciego’, lanzados con un auténtico desdén por cualquier esfuerzo de comprensión de las verdaderas causas del malestar, y aun contradiciendo toda lógica, parecen aportar sosiego momentáneo a una comunidad enardecida, ansiosa de restablecer cuanto antes y casi a cualquier precio el orden alterado”.

⁵⁷ CUBERT, Jaume, *Un mundo inseguro*, La seguridad en la sociedad del riesgo, op. cit., p. 14: “La víctima principal de este desdén por la comprensión cabal de los hechos que causan la ansiedad colectiva es, sin duda, la justicia. Indudablemente la prisa por expulsar la inseguridad y restablecer el orden se compadece poco con la prudencia, el sosiego, el rigor indagatorio y la ecuanimidad requeridas para la búsqueda de la verdad. La inseguridad pierde así, en la medida que la despreciamos, su cualidad principal: indicarnos los puntos de fractura en los que estallan – en forma de violencias y desastres – los conflictos y los riesgos generados, respectivamente, tanto en las relaciones sociales como en el encaje de la humanidad en la naturaleza. De manera que, voluntariamente cegados, quedamos condenados a tratar meros síntomas, a perseguir sombras y, en el peor de los casos, a agravar el problema de inseguridad con estrategias de seguridad contraindicadas”.

⁵⁸ GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, Siglo Veintiuno Editores, Ciudad de México, 1999, p. 89: “El público no se involucra de manera tan inmediata en la orientación o administración del castigo; más bien forma el auditorio al que se dirigen los rituales penales y que, a su vez, responde con el compromiso y el apoyo emocionales o, con menor frecuencia, con críticas y protestas. Estos rituales son el foco de los intereses, las preocupaciones y emociones difusas que constituyen el temperamento popular en relación con el crimen. La gente considera estos juicios no sólo como los mecanismos instrumentales que juzgarán al agresor individual, sino como la reafirmación simbólica del orden y la autoridad que le permitirá manejar los sentimientos de impotencia, desorden e inseguridad que el crimen introduce en su vida. Como testigos del ritual penal – de manera directa o por informes de terceros – los ciudadanos experimentan al drama emocional del crimen y su resolución en el castigo. Es una ocasión social que simultáneamente estructura el sentimiento individual y le otorga una liberación catártica”.

La sociedad no entiende – y ni debería, su carácter emocional es plenamente legítimo, pues no son los técnicos-científicos encargados de conducir la Política criminal⁵⁹ -, que la pena es el medio más doloroso que el Estado tiene para intervenir en la vida social, y solo se justifica por su necesidad para el control social, pero ojo: la propia pena debe estar bajo control, y no puede ser aplicada sino en relación a supuestos donde sea necesaria para mantener la convivencia social⁶⁰. Perder el control sobre el delito y la pena es perder el control sobre el control social institucionalizado y, por tanto, sobre el Estado mismo⁶¹, transformando el Estado concretamente en el Leviatán de HOBBS.

III.- Las víctimas y su protagonismo en la agenda político-criminal y en el sistema penal

Está claro, como ya hemos dicho, que las iniciativas que se oponen al endurecimiento penal concreto nada tienen que ver con cualquier insensibilidad frente a las víctimas. Actualmente, diversos sectores de estudios del Sistema penal hablan de una quiebra de paradigma y necesidad de inclusión de la víctima en el proceso de impartición de justicia, ya que fueron olvidadas por mucho

⁵⁹ CUBERT, Jaume, *Un mundo inseguro*, La seguridad en la sociedad del riesgo, op. cit., pp. 17-18.

⁶⁰ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 266.

⁶¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ¿Tiene un futuro la Dogmática Juridicopenal?, in *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1990, pp. 159-160: “A veces se objeta a la dogmática penal que trata de partir un pelo por la mitad, su excesiva y exagerada elaboración conceptual. Pero si recordamos la significación de la pena, habrá que responder a esta objeción: Dificilmente puede exagerar la dogmática en lo que hace referencia a la fijación de conceptos. Pues la pena, que es tal vez el medio más doloroso de que dispone el Estado para encauzar la vida social, está sólo justificada porque tanto como dolorosa es necesaria: la diferencia entre disponer o no de una dogmática juridicopenal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo penal en el mundo inicie una marcha que se desconoce adónde, por dónde y de qué manera va a llevar”.

tiempo en la consideración del Sistema penal. Eso, por supuesto, demanda estudio, y no sólo de una aplicación populista de políticas públicas⁶², sin preocupación con consecuencias. Hay que tomar cuidado con el nivel de exageración, puesto que hay diversas situaciones en que son llevadas a cabo verdaderas exposiciones de víctimas o grupos de víctimas⁶³.

El Sistema penal tradicional trata de la relación fundamental delincuente-Estado. Ni siempre se veía la necesidad de conocerse a la víctima, lo que en el contexto actual nos parece un equívoco; a lo largo de los últimos años, desde el nacimiento de la criminología, se ha introducido la relación delincuente-víctima-Estado. Parece mucho más de acuerdo con la realidad considerar la globalidad de las relaciones en el sistema⁶⁴.

En el contexto operativo, el Derecho penal no suele tener grandes consideraciones por el contexto de la víctima. Pero, examinar las influencias de la Victimología sobre el Derecho penal hoy en día es necesario, ya que atiende al papel de la víctima –que no debe ser olvidada- en el contexto delictivo⁶⁵. Una de las funciones del Sistema penal es la protección de bienes jurídicos, debiéndose así reconocer la tarea de atender a la situación de la víctima, o sea, tratase de una importante función del propio Sistema penal⁶⁶.

⁶² LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección*: En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo, op. cit., p. 55.

⁶³ LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección*: En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo, op. cit., p. 30.

⁶⁴ BERISTAIN, Antonio, *La victimología desde una epistemología teológica y criminológica*, en BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA José Luis (directores), *Victimología*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, p. 87

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Jesús-María. Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal*, en BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA José Luis (directores), *Victimología*, op. cit., p. 87.

⁶⁶ LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección*: En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo, op. cit., p. 50: “Resulta entonces indudable que entre otras funciones o fines de todo sistema punitivo perteneciente a un Estado que se jacte de ser Constitucional y Democrático de Derecho, y donde se respeten y defiendan los derechos fundamentales de todos los individuos, independientemente del rol o condición de víctima o victimario, debe reconocerse la tarea de atender la situación de la víctima (mediante el reconocimiento de los derechos de participación y restauración o

Se puede decir que la Victimología es producto de diversas líneas ideológicas y ciencias paralelas al Derecho penal y que, juntas, forman el contexto del llamado "Sistema penal", como la Psicología forense, Ciencias sociales, Fenomenología, Política criminal, entre otras⁶⁷. Por cierto, el desarrollo de la Victimología ha ampliado el alcance de la investigación de la delincuencia de diversas maneras⁶⁸.

Se trata la Victimología, así, como formula POLAINO NAVARRETE, citado por HERRERA MORENO, de una Ciencia empírica y realista, "llamada a establecer las bases de conexión entre el tradicional planteamiento axiológico y normativo, peculiar del Derecho penal y la moderna investigación psicológica y social de fenómeno criminal propia de la Criminología"⁶⁹.

La profesora HERRERA MORENO concluye todavía respecto de la complejidad multidisciplinar de la ciencia: "Así, la perspectiva victimológica sobre la víctima del delito, en la plenitud de su complejidad multidisciplinar, no

reparación, entre otras cosas), como una importante misión del derecho y del sistema penal en su conjunto".

⁶⁷ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, Edersa, Madrid, 1996, p. 134: "La Victimología es hoy el producto de la evolución de distintas líneas ideológicas sobre una plataforma parcelada científicamente en materias donde se interesan distintas ciencias sociales y penales, como la Fenomenología Criminal, el Derecho Penal, y Procesal Penal y la Política Criminal.

La nueva Victimología se caracteriza por su orientación activa y práctica, en tanto se experimenta un notable retroceso en la oferta de teorías abstractas susceptibles de explicar la victimización. A trueque, se presta una mayor atención a las específicas necesidades y aspiraciones de las víctimas, manifestadas por ellas mismas a partir de las encuestas de victimización, un recurso empírico en auge, una vez que ha sobrevivido a un auténtico alud de escepticismo crítico en punto a su fiabilidad y representatividad".

⁶⁸ PETERS, Tony, *Criminología y Victimología*, en BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA José Luis (directores), *Victimología*, op. cit., p. 100.

⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Victimología y criminalidad violenta en España*, en *Estudios penales en memoria del Prof. Dr. Agustín FERNÁNDEZ ALBOR*, Instituto de Criminología y Seminario de Derecho Penal, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 575; *Criminalidad actual y Derecho penal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección delegada en la Universidad de Córdoba, colección *Estudios criminológicos*, serie Minor, n. 5., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988, p. 103, citado por HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., p. 326.

puede ofrecer a los penalistas una categoría operativa homogénea con la que construir el Derecho⁷⁰.

Aunque no sea una categoría homogénea como plantea la profesora HERRERA MORENO, su importancia y la intimidad con la Ciencia jurídico-penal están claras, y los aportes de la Victimología son de importancia acentuada para la optimización del Derecho penal⁷¹.

Son tantas las vertientes y niveles en que se puede clasificar las víctimas de delitos, que existen una serie de tipologías, de acuerdo con diversos autores⁷², pero a tenor de la ley penal, es importante el doble plano en que pueden ser identificadas: como sujeto pasivo y como individuo perjudicado⁷³.

Es importante no confundir los conceptos de sujeto pasivo del delito con la condición de perjudicado, aunque ambas puedan reunirse en la misma persona. Víctima es el perjudicado, pero hay muchas consecuencias para esas personas que se alejan del mero concepto de perjudicado⁷⁴.

⁷⁰ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., p. 329.

⁷¹ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., p. 330: “No se agota en la relevancia causal de la víctima la posible incidencia victimológica en el mundo de las construcciones dogmáticas: además, la Victimología puede influir en la acuñación de figuras típicas más realistas, pragmáticas y flexibles, en la necesidad de hacer claudicar aquellas tipificaciones sustentadoras de huecas e inconsistentes figuras de victimidad, así como puede precisar la oportunidad de dotar al sistema jurídico-penal de mecanismos objetivos para aproximarse a la compleja interacción víctima ofensor; por último, puede preconizar la extensión del amparo jurídico-penal a determinadas categorías de víctimas efectivos, que por determinadas constricciones del sistema socio-económico o imperativos de legitimación cultural permanecen ayunas de todo reconocimiento y refrendo forma

Como se observa, Victimología y Ciencia jurídico-penal se comprometen extensivamente, a niveles, sin duda, más íntimos lo que pareciera sugerir aquella dengosa y efímera relación tangencial. (...)”

⁷² HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., pp. 137-166.

⁷³ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., p. 330.

⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La víctima y el Derecho penal*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 17.

Asimismo, las víctimas del delito tienen cada vez más un papel importante en el estudio del Derecho penal. Se discute su posición conceptual en la criminología, en la Política criminal, en el procedimiento penal, en el Derecho penal. Eso puede ser el resultado de una gran identidad de la propia sociedad con la víctima⁷⁵.

En el seno de la dogmática jurídico-penal, hay que hacer referencia a los criterios como el merecimiento y la necesidad de pena, a partir de los cuales SCHÜNEMANN, ha introducido criterios victimológicos, llevando a juicio esos criterios, cuya renuncia por parte de la víctima llevaría a determinadas repercusiones dogmáticas⁷⁶.

Tampoco se debe dejar de citar las contribuciones de FRISCH y HASSEMER, para la formulación del principio victimo-dogmático⁷⁷. Se trata, así, de intentar buscar una solución a propósito de la interacción de la víctima en la dinámica delictiva⁷⁸.

Respecto al principio victimo-dogmático, en el plano metodológico, ese no debe ser refutado, aunque no haya traído grandes novedades en cuanto a las

⁷⁵ PRITTWITZ, Cornelius, *La resurrección de la víctima en la teoría penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITTWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal, Traducción de Luis Miguel REYNA ALFARO, Editora Jurídica Griley, Lima, 2005, p. 64.

⁷⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La víctima en el Derecho penal*, de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 23: “La introducción de criterios victimológicos en la dogmática penal ha sido realizada por SCHÜNEMANN a partir de criterios como el merecimiento y la necesidad de pena, lo que da a su construcción unos rasgos distintos a los de otras aportaciones que han tendido, como después se verá, a la creación de nuevas categorías dogmáticas que no han encontrada una pacífica acogida por parte de la doctrina. Los referidos conceptos de merecimiento y necesidad de pena encuentran su complemento en los de merecimiento y necesidad de tutela, con lo cual el criterio victimológico se erige en principio interpretativo del sistema. Este doble parámetro lleva a hacer operativo el referido criterio en momentos valorativos distintos: el juicio sobre el merecimiento de la tutela sería el resultado de la renuncia a la tutela por parte de la víctima, mientras que el examen de la necesidad de tutela precedería lógicamente a dicha renuncia”.

⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La víctima en el Derecho penal*, de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima, op. cit., pp. 24-28.

⁷⁸ REYNA ALFARO, Luis Miguel *Estudio final: la víctima en el Sistema penal* en SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITTWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal, op. cit., p. 64.

reglas de la lógica jurídico-penal como un todo⁷⁹. Hay que tener cuidado, todavía, con eventuales tendencias a la privatización de la venganza en el Derecho penal, que ya ha sido denunciada y es comprensible si nos ponemos en la situación de la víctima – que, muchas veces, tiene el objetivo de venganza personal a través del Derecho penal⁸⁰.

En definitiva, la victimo-dogmática, o sea, la dogmática orientada por la Victimología, estudia la relación de la víctima con el delito⁸¹. A partir de eso, es tarea de la Política criminal estudiar cómo se debe utilizar los datos empíricos para optimizar el Sistema Penal, incluso en cuestiones específicas como, por ejemplo, en relación a la propia responsabilidad del delincuente⁸².

La incorporación de la víctima a la cuestión político-criminal también puede levantar algunas cuestiones que deben ser apuntadas, como: la prioridad entre la represión del delito en nombre del interés de todos, o la preferente

⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La víctima en el Derecho penal*, de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima, op. cit., p. 53: “La conclusión de lo hasta aquí expuesto, en los planos metodológico y dogmático, sería que el principio victimodogmático, debidamente entendido y matizado, no debe ser refutado por alterar las reglas de la lógica, pero sí cuestionado en cuanto a su utilidad o novedad”.

⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La víctima en el Derecho penal*, de la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima, op. cit., pp. 54-55.

⁸¹ BERISTAIN, Antonio, *Transformación del Derecho penal y la criminología hacia la victimología*, (dignidad ético-mística de las macrovíctimas), ARA Editores, Lima, 2008, p. 33: “Desde la dogmática penal se entiende por víctima, en la opinión razonada de HERRERA MORENO, al sujeto paciente del injusto típico, es decir, a las personas que sufren merma de sus derechos, en el más amplio sentido de la palabra, como resultado de una acción típicamente antijurídica, sin que sea necesario que el victimario haya actuado culpablemente. Las víctimas son, por lo tanto, titulares legítimas del bien jurídico vulnerado”.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 99: “Un ejemplo satisfactorio del modelo enunciado de dogmática atenta a las investigaciones empíricas (en este caso, las de la Victimología) es el representado últimamente por la llamada «Victimo-dogmática» o dogmática orientada al comportamiento de la víctima. En efecto, la victimología ha demostrado la existencia de víctimas cuyo comportamiento actúa como factor co-causal de la producción del delito. Este es el principio Apud he syntactic criminal law is a doctrine and in qué casos, una atribución de corresponsabilidad a la víctima en el delito, y cómo puede ello repercutir en la posibilidad de atenuación de la pena, ha sido estudiado en estructuras categoriales y sistemáticas tales valoraciones. Como se advierte, se toma el dato empírico como objeto de valoración, pero la valoración en sí corresponde a la dogmática-político-criminal, y no puede ser sustituida por consideraciones criminológicas o victimológicas”.

atención a la víctima individual; la revisión de las funciones jurídicas que debe producir la reparación del perjuicio ocasionado por el delito; la convicción de que el problema del delito y de la respuesta a éste debe ser monopolio del Estado, entre otros⁸³. Eso da a la Victimología un enorme gran campo para desarrollarse, aportando diversas conclusiones interesantes para todo el Sistema Penal⁸⁴.

Es importante señalar que algunos discursos por los derechos de las víctimas pueden tener un eco de cierta manera peligroso, favoreciendo el llamado “*etiquetamiento inverso*”, y la producción o ampliación del fenómeno de la victimización, lo que puede traer efectos nocivos a la sociedad, ya que el protagonismo de las víctimas en la Política criminal puede crear ecos emocionales⁸⁵.

Hay que tener en cuenta, además del hecho de que el concepto victimológico de la víctima es mucho más amplio que el jurídico-penal, que hay diversas formas de victimización, como, por ejemplo, la *víctima indirecta*, y la *víctima directa*. También, utilizase términos jurídico-penales que tratan de la disposición del autor delictivo: *víctima dolosa*, *culposa* o *preterintencional*⁸⁶.

⁸³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La víctima y el Derecho penal*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología, op. cit., pp. 24-25.

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La víctima y el Derecho penal*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología, op. cit., p. 25: “Muchos son los problemas apuntados. La Victimología tiene ante sí un campo muy grande para manifestarse. Ha de desarrollar sus parcelas sociales, psíquicas, médicas, económicas, pero también ha de mantener su vertiente jurídica, analizando con rigor la contribución de la víctima al daño y lo que pueda suceder”.

⁸⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología, op. cit., p. 28: “Ciertos discursos pro-víctimas pueden resultar contraproducentes para las mismas en la medida que puede favorecer el “*etiquetamiento inverso*” y por lo tanto la instalación en la victimización o, por otra parte, tener efectos socialmente nocivos si se transmite la sensación, fundada o no, de que sale a cuenta ser víctima”.

⁸⁶ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., pp. 328-329.

El fenómeno de victimación, según TAMARIT SUMALLA, es el "proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático"⁸⁷, lo que es un fenómeno extremadamente complejo con diversas dimensiones y consecuencias. Por lo tanto, y para mejor comprensión de fenómeno tan complejo, existen diversas vertientes correlacionadas de victimización, que sirven para mejor sistematización y estudio del fenómeno⁸⁸.

Victimización y victimidad son, en definitiva, neologismos que hacen parte del acervo conceptual de la Victimología. Se trata del conjunto de características bio-psico-sociales comunes a todas las víctimas en general⁸⁹. Según TAMARIT SUMALLA, "el proceso mediante el cual se produce la atribución social de la condición de víctima y la autodefinición por parte de la misma ha sido objeto de algunos estudios teóricos. Este proceso, compuesto por una serie de interacciones, está condicionado y mediado por factores de carácter histórico y cultural, así como por las dinámicas de apoyo y rechazo en torno a las víctimas o la visibilidad que éstas adquieren. Como resultado, la victimidad puede ser expresada y vivida de diversas formas, ya como patología, como estigma, como *status* o como privilegio"⁹⁰.

Es importante observar que la reacción de la sociedad frente a las víctimas demuestra cómo será el proceso de victimización y también las posibilidades de desvictimización⁹¹. Pero puede haber el riesgo de un incremento en el propio proceso de victimización si es que la respuesta estatal para el hecho punible no es

⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 29.

⁸⁸ HERRERA MORENO, Myriam, *Victimización*, Aspectos generales, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, op. cit., pp. 79-128.

⁸⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 6.

⁹⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 6.

⁹¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, op. cit., p. 39.

satisfactoria para la víctima. Ahí estamos en terreno peligroso, ya que la propia sociedad a través de diversos medios – especialmente cuando hay repercusión social – crea expectativas en la víctima⁹².

Se debe tener en cuenta, todavía, que hay estrategias de prevención que buscan minimizar los malos efectos de la victimación, que poseen diversos modelos y modos de aplicar⁹³. En verdad, el proceso de construcción de identidad de la víctima y el proceso de victimización pueden ser comparados con las enfermedades, entendida como un riesgo que puede alcanzar a cualquiera que vive en sociedad, debiendo ser evitado, corregido o eliminado⁹⁴.

Ocurre que, si se dimensiona de manera aumentada el Derecho de las víctimas al castigo (lo que es legítimo del punto de vista de lo que quiere la víctima), y consecuentemente la aplicación del Derecho penal orientada a la víctima (centrada en la neutralización del daño o en la venganza) se genera una aplicación equivocada del Derecho penal, como bien expone SILVA SÁNCHEZ: *“La inflicción adicional de un ‘dolor penal’ al autor sólo se justificaría cuando, además, existieron razones preventivas para hacerlo (en particular, de aseguramiento cognitivo). En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones, y justificada por necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad”*⁹⁵.

⁹² TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, op. cit., pp. 41-46.

⁹³ BARBERET, Rosemary, *La prevención de la victimación*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, op. cit., pp. 235-250.

⁹⁴ BACA BALDOMERO, Enrique, *Los procesos de desvictimación y sus condiciones y obstáculos*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, op. cit., pp. 235-250.

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor*, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, María Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, op. cit., p. 41.

El paradigma de la victimidad⁹⁶, generado por posicionamientos críticos y planteamientos anti-victimológicos, tiene diversas consecuencias socio-políticas, asociando la victimidad a una asunción de una estable identidad a la condición de víctima⁹⁷

Así, hay que se verificar cuidadosamente los reflejos y repercusiones de la victimidad en el ámbito social para investigar sus consecuencias y, cuando necesario para fines político-criminales, tener en cuenta sus rasgos con el cuidado necesario para una Política criminal efectiva y racional. Hay, también que tener cuidado puesto que hay diversas situaciones que exponen las víctimas o grupos de víctimas⁹⁸.

El concepto de riesgo en las sociedades modernas acaba por aparejarse a la situación de victimización⁹⁹. Las víctimas, muchas veces, son llevadas a un protagonismo en la Política criminal. Es importante tenerlas como destinatarias también de la norma, pero hay que tomar cuidado con la victimización repetida al ponerlas en evidencia en la relación político-criminal – y a eso, los medios de

⁹⁶ HERRERA MORENO, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, Maria Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, op. cit., pp. 75-76: “En sus términos más puros, tal como figura en la concepción de MENHDELSON, pionero de la Victimología, la victimidad se entiende como una condición objetiva, derivada del padecimiento de una injusticia victimaria, y vinculada al merecimiento de un específico status jurídico por el reconocimiento social del carácter abusivo del daño”.

⁹⁷ HERRERA MORENO, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, Maria Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, op. cit., pp. 75-76.

⁹⁸ LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección*: En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo, op. cit., p. 30: “Por victimización terciaria, en cambio, habremos de entender, como hacen algunos autores las secuelas o derivaciones perjudiciales para la misma víctima primaria (directa o indirecta) por parte de los elementos conformadores de su propio entorno o contexto social (el resto de los integrantes del medio social en que se desenvuelve) y que por o general se refleja a través de formas de estigmatización o etiquetamiento con alto factor de discriminación”.

⁹⁹ WARKLATE, Sandra, “Risk and criminal victimization”, A modernist dilemma?, *British journal of criminology*, Vol. 37, N. 1, Winter 1997, pp. 35-45.

comunicación juegan importante papel¹⁰⁰, especialmente por la tendencia que tiene la sociedad en identificarse con las víctimas¹⁰¹.

El riesgo final es el discurso político – especialmente el político-criminal – traducir ese victimismo. Ni siempre se pregunta cuáles son las verdaderas necesidades de las víctimas, y en un ambiente de inseguridad que nordea nuestra sociedad, da lugar a políticas restrictivas y un endurecimiento punitivo concreto, sin el carácter racional necesario a la Política criminal¹⁰².

Se comprende perfectamente que las víctimas directas de determinadas conductas se vean desamparadas y en busca de ciertas providencias estatales que puedan responder a la violencia sufrida. Asimismo, el Estado debe tener el distanciamiento suficiente para efectuar un análisis completo de la eventual efectividad de una medida de Política criminal, sin utilizarla para obtener ventajas políticas, o sea, debe alejarse del llamado populismo punitivo¹⁰³.

¹⁰⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 32-35.

¹⁰¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 25-32.

¹⁰² CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., p. 46: “Estos resultados nos llevan a pensar que con excesiva frecuencia el discurso político traduce el victimismo de determinadas asociaciones de víctimas en incrementos punitivos. Sin embargo, se desconoce cuáles son las necesidades reales de las víctimas, es decir, se carece de estudios empíricos que reflejen las opiniones de las víctimas de delitos en relación a sus intereses. Se ignora si éstas desean un mayor protagonismo en el proceso penal o si son favorables a la mediación con el delincuente, por ejemplo. Esto ha conducido, en el mejor de los casos, a proponer o a poner en marcha campañas de protección o de asistencia a víctimas basadas en asunciones que, estando influidas por orientaciones políticas o ideológicas, no han reflejado necesariamente los deseos y necesidades de las víctimas, ni responden o están respaldadas por los resultados de investigaciones al respecto. Entiendo, por tanto, que la apelación a los derechos de éstas y la influencia de ciertas asociaciones victimales, que no representan a todas las víctimas, ha dado lugar a políticas restrictivas de derechos proclives al endurecimiento punitivo”.

¹⁰³ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 263: “Esto no quiere decir que los medios masivos de comunicación hayan generado nuestro interés por el delito o que hayan generado el populismo punitivo que aparece hoy como una fuerte tendencia política. Sin una experiencia del delito colectiva, rutinaria y enraizada sería improbable que las noticias y dramas sobre el delito atrajeran audiencias tan numerosas o vendieran tanto espacio publicitario. Mi argumento es, en cambio, que los medios masivos de comunicación se aprovecharon, dramatizándola y reforzándola, de una nueva experiencia pública –una experiencia con una profunda resonancia psicológica- y al hacerlo han institucionalizado esta experiencia. Nos han rodeado de imágenes del delito, la

IV.- La repercusión de la victimidad en la sociedad

Todo ese contexto y el paradigma de la victimidad cambia fundamentalmente la forma de abordar los conflictos. Frente a la facilidad de los medios de comunicación y el continuo interés de la sociedad en las víctimas, hay una súper exposición de las mismas, que las transforma en grupos de presión y los grandes interlocutores de la Política criminal, retirando su carácter científico para el debate del Derecho penal¹⁰⁴, y llegando al contexto de un populismo punitivo, donde hay una franca instrumentalización de la víctima en el contexto político-criminal, una verdadera manipulación simbólica al servicio de una Política criminal demagógica¹⁰⁵.

persecución y el castigo y nos han provisto de ocasiones cotidianas y regulares en las cuales nos es posible expresar las emociones de miedo, ira, resentimiento y fascinación que provoca nuestra experiencia del delito”.

¹⁰⁴ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal*. Nuevas estrategias inocuidadoras en la postmodernidad penal, Editora Jurídica Griley, Lima, 2002, pp. 35-36: “El paradigma victimológico ha introducido cambios fundamentales en la manera de abordar los conflictos sociales. Es propio de nuestros tiempos el intenso predicamento de las víctimas, constituidas en relevantes grupos de presión. Las víctimas son hoy creadoras de opinión y nuevos interlocutores de el gran debate de la Política criminal. El escalón al que han ascendido, sin embargo, las expone a la devaluación de las miradas científicas. A menudo, son depreciadas como el elemento visceral, la embestida emotiva que hace temblar el elegante edificio del sistema penal”.

¹⁰⁵ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 40-41: “Y es que los partidos políticos han encontrado en el discurso victimal un buen filón para lograr audiencia popular, para llegar al ciudadano, en definitiva, para obtener más votos. Lemas tales como ‘justicia para las víctimas’ son muy populares, no solamente porque es improbable que se levanten objeciones por parte del partido que se encuentra en la oposición, sino sobre todo porque resultan productivos en las campañas electorales. Después de todo, ¿qué puede llamar más la atención de los votantes que el que los candidatos muestren simpatía y compasión por las desafortunadas víctimas de delitos? No debe sorprender que las leyes que han dispuesto ayudas e indemnizaciones a víctimas de delitos hayan sido denominadas ‘placebos políticos’.

Mostrando interés por las víctimas de delitos los poderes públicos actúan encubriendo la ineficiencia del sistema y su incapacidad para prevenir la victimización. Con frecuencia las víctimas pasan a ser esgrimidas como instrumentos de combate sobre la palestra político-electoral. Al mismo tiempo, el que los recursos y el interés del Estado se desvíen hacia las demandas de las víctimas repercute en un detrimento de las necesidades políticas de prevención. Es más gratificante políticamente, al mismo tiempo que financieramente menos gravoso, emplear el dinero estatal en las demandas asistenciales de las víctimas que en invertirlo en políticas preventivas dirigidas a eliminar las raíces del problema social”.

Son dos los rasgos principales que apuntamos en ese protagonismo exacerbado de las víctimas en la hechura de la Política criminal: su transformación en grupos de presión, ayudados por los medios de comunicación de masas, y sus consecuencias, transformadas en un *lobby* especialmente legislativo; y la concreción de esa instrumentalización y manipulación, llegando al populismo punitivo, resultado de la demagogia de los políticos para atender el carácter reivindicativo de las víctimas.

A) Las víctimas como grupos de presión

Existen muchas voces que proclaman que, delante del fenómeno delictivo concreto, se debe asistir a la víctima y no tratar al delincuente. La verdad es que ambas cosas son parte del mismo contexto, y el foco únicamente en la víctima puede constituir una consagración de un carácter reivindicativo por parte de las víctimas, con serios reflejos en la Política criminal¹⁰⁶.

El hecho del carácter reivindicativo y promocional que se hizo a partir de la Victimología desde de la mitad del siglo XX, con objetivo de obtener un status más sólido – lo que en aquel punto no sólo era necesario, como también fue un hecho plenamente benéfico a la Ciencia penal, ha creado paralelamente un crecimiento de la línea víctima-promocional, transformando la victimidad en un mecanismo de lucha contra la desigualdad en materia penal¹⁰⁷.

¹⁰⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología, op. cit., p. 30: “(...) proclaman la necesidad de asistir a la víctima en vez de tratar al delincuente, como si ambas cosas no formaran parte indisoluble de un mismo programa con visión de futuro. La preocupación por las víctimas de hoy no puede hacer olvidar las víctimas potenciales de mañana. Esto es, además de seriedad científica, deontología victimológica, ya que supone preservar el principio de igualdad entre las víctimas y por ende impedir la consagración de clubs selectos de víctimas con capacidad para ejercer como lobbys”.

¹⁰⁷ HERRERA MORENO, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio,

Está claro que la condición de víctima favorece un sentimiento de solidaridad social¹⁰⁸, ya que hay un sentido común social que repudia a la delincuencia, además de las repercusiones mediáticas que ponen en evidencia aún más el sufrimiento de la víctima. Ocurre, así, la creación de un sentimiento común de fragilidad y el temor en convertirse también en víctima, lo que refuerza claramente en la sociedad el sentimiento común de las consecuencias de la victimidad¹⁰⁹.

El proceso de construcción de la victimidad permite comprender el papel que la solidaridad entre las víctimas y su organización en determinados grupos, nos permitiendo percibir como ejercen influencia en la sociedad, especialmente en el desarrollo la Política criminal del Estado, sea como protagonistas influyentes en los órganos oficiales del Estado, sea instrumentalizados por políticos oportunistas¹¹⁰.

Tal vez por eso las bases del Derecho penal tradicional han sido hacia la neutralización del papel de la víctima. Este fenómeno, aunque dejara las víctimas fuera de la construcción teórica del modelo clásico penal, permitió el desarrollo de una racionalidad técnica y también la comprensión de que las penas tienen no apenas una función retributiva, sino también preventiva, centrada en la disuasión de las acciones criminales y resocialización del delincuente. Claro que hoy en

MARTÍNEZ FRANCISCO, María Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, op. cit., pp. 76-77.

¹⁰⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 25: “El análisis del proceso de construcción de la victimidad permite comprender y examinar críticamente el papel que la solidaridad con las víctimas desempeña en la política criminal y el modo en que se perfila el estatuto jurídico de las víctimas”.

¹⁰⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, op. cit., pp. 39-41.

¹¹⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., p. 25: “Es innegable que la delincuencia genera un agudo interés en la sociedad, ya que provoca profundos cuestionamientos sobre la naturaleza y las fuentes de la motivación humana, la capacidad del Estado para mantener el orden social o la desgracia de los semejantes”.

día, como ya dijimos, es importante para la comprensión del propio Sistema penal de manera integral, la evaluación del papel de la víctima en el hecho punible¹¹¹.

Sin embargo, hay que tener cuidado con el exceso de emotividad y del fenómeno de la reacción colectiva en contra a determinados hechos. Especialmente los canales mediáticos, cuando ponen en evidencia determinado sufrimiento de víctimas, echan sal en la herida, lo que puede transformar determinados grupos de víctimas en verdaderos elementos de presión para políticas de estado, eso por el fuerte (y excesivo) reclamo comunicativo que se da a las víctimas en el anfiteatro mediático¹¹². En ese contexto hay que destacar los aportes de la Victimología crítica, que ha criticado la Victimología reivindicativa, cuestionando la potencial manipulación de la misma¹¹³.

¹¹¹ ALBRECHT, Peter-Alexis, *La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITTWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal, op. cit., p. 47: “En la teoría preventiva, la víctima se encuentra perdida como un punto referencial del Derecho penal. En los hechos, el individuo está necesariamente perdido en una teoría penal orientada al proceso, con énfasis sobre la estabilización del sistema y normas, la disuasión de las acciones criminales, la resocialización del delincuente y la protección de la sociedad frente a acciones criminales futuras. La promesa del Derecho penal preventivo –para hacer disponibles soluciones a peligros sociales globales- no necesita una concreta víctima individual. La crítica de la criminología crítica enfoca sobre ésta más bien técnica orientación propuesta y busca redescubrir a la parte víctima como un asunto, como una medida estándar de un Derecho penal más humano”.

¹¹² HERRERA MORENO, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, Maria Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, op. cit., p. 84: “Es, ciertamente, notable el predominio mediático de figuras victimales, algunas consagradas y recurrentes en foros políticos o espacios de debate social, sin desdeñar a veces incursiones en programas de amenidad. El fuerte reclamo comunicativo de las víctimas las sitúa, a veces en el momento personal más crítico, ante un anfiteatro mediático cuyas dinámicas no siempre conocen o manejan con suficiente competencia. No es excesivo decir que pocas víctimas salen enteramente airoas –en el sentido antes abordado- de la exposición mediática, en especial cuando se rompe el protocolo “por exceso”. Los medios pueden hacer aparecer y reaparecer a la víctima, conforme a estrictos criterios de voraz consumo informativo, y, en dicho tráfigo, sin fácil margen de control personal, la víctima en ocasiones quebrantará la hierática Etiqueta de la simpatía. Incluso si el dolor está humanamente fundado, conforme a la primera premisa de la Etiqueta, de acuerdo con la segunda, por trágica que sea la victimización, recordemos, no se puede apelar a la solidaridad social indefinida y prolongadamente. (...)”.

¹¹³ HERRERA MORENO, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, Maria Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima*,

Pero, de todas maneras, hay cada día más movimientos sociales de víctimas, reivindicando atención del Estado a sus causas. Esos grupos se basan en la contraposición entre el “*derecho de la víctima*” al “*derecho de los acusados*”, cargando un mensaje importante de que la víctima tiene derecho al castigo, trayendo de vuelta la idea de la pena únicamente con función de retribución¹¹⁴. Proponen, así, algo semejante al concepto económico del *juego de suma cero*, donde cualquier gaño de Derechos por parte de los acusados sería una pérdida por parte de las víctimas, lo que no una verdad absoluta.

Eso también pasa por el informe “nada funciona” (*nothing works*) y la crítica a la resocialización desarrollada en los Estados Unidos a partir de 1974, en el momento de colapso del sistema del Estado del bienestar y el welfarismo

prevención del delito y tratamiento del delincuente, op. cit., p. 85: “A fines del siglo XX, y como inesperado corolario de la eclosión social, científica e institucional de la víctima, ciertos sectores de pensamiento comienzan a manifestarse incómodos frente a las consecuencias de algunos de los más convencionales planteamientos de la Victimología reivindicativa o de la acción. Surge en los años noventa del pasado siglo la propuesta y relativa (pero progresiva) aceptación de una Victimología crítica. (...) la Victimología se había familiarizado con los instrumentos ideológicos relativizadores propios del Enfoque Labelling, el Interaccionismo simbólico y Constructivismo sociológico, precisamente para denunciar la selectividad culpabilizadora por la que determinadas categorías de víctimas veían postergado o neutralizado su acceso a la esfera de victimidad.

Sin embargo, el mismo bagaje doctrinal que se aplicaba para alzar a víctimas desplazadas se comienza a aplicar ahora a objetivos de desplazamiento general de una plataforma, la de victimidad, definida no por su objetividad, sino por su potencial dañoso y manipulativo”.

¹¹⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 46: “A lo largo de las últimas tres décadas ha habido un claro regreso de la víctima al centro de la escena en la política de la justicia penal. En el “complejo penal-welfare”, las víctimas individuales apenas aparecían como miembros del público cuyos reclamos provocaban la acción del Estado. Sus intereses estaban subsumidos en el interés general del público y, por cierto, no se contraponían a los intereses del delincuente. Todo esto ha cambiado ahora. Los intereses y los sentimientos de las víctimas –las víctimas mismas, las familias de las víctimas, las víctimas potenciales, la figura abstracta de “la víctima” - se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva. (...)”

El nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deber poder expresar su ira y debe haber respuestas a sus temores. (...)”.

penal, que ya hemos tratado antes, y la proposición de políticas de “Ley y Orden”¹¹⁵.

Así las cosas, esa construcción del discurso víctima-promocional y reivindicatorio de las víctimas, las transforma en *grupos de presión* – lo que, resaltamos, no deja de ser legítimo, ya que tienen interés en reclamar la protección del Estado a sus demandas -, pero acaban orientando parte de la Política criminal del Estado, reclamando un endurecimiento, lo que tiene serios reflejos en la legislación penal como, por ejemplo, en la expansión de las penas¹¹⁶.

Se ve claramente que la figura de la víctima cumple un papel importante en los debates políticos, argumentando sobre políticas pública, transformándose en un ente representativo de toda la sociedad¹¹⁷. Tratase de la “*politización*” de la víctima, lo que puede llegar a producir, en concreto, graves excesos, como la manipulación por parte de grupos de víctimas de determinados grupos políticos¹¹⁸.

¹¹⁵ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Sociedad del castigo*, Genealogía de la determinación de la pena, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, pp. 254-260.

¹¹⁶ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., p. 122: “: (...) los movimientos sociales surgen directa y primariamente a partir del impacto de una intensa experiencia victimizadora, y, por su emocionalidad de base, constituyen objetivos fácilmente manipulables para quienes propugnan la instauración de políticas represivas de “ley y orden”. De ahí que, en general, en tono preponderante en muchas de estas asociaciones responde muchas veces a un conservadurismo de sesgo vengativo.

Tales políticas derivan de un sentimiento de inseguridad ciudadana y un intenso miedo a la victimización. Se caracterizan por separar, como bloques incompatibles y antagónicos, los derechos y expectativas víctimales respecto de aquellos derechos y libertades que conciernen al inculgado, condenado y recluso”.

¹¹⁷ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 46-47.

¹¹⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 16: “Aceptada la existencia de una dimensión social y política inherente a la victimidad, plantear la politización de los movimientos de defensa de las víctimas parece la constatación de una obviedad. Sin embargo, es frecuente en los estudios político-criminales y victimológicos denunciar los excesos y los riesgos de la politización y, en concreto, la manipulación de las víctimas por parte de los grupos políticos, especialmente los que detentan el poder. Este fenómeno se ha producido especialmente en los Estados Unidos y también en el Reino Unido y otros países europeos o, más recientemente, en España”.

En definitiva, es fácil percibir que los movimientos sociales de las víctimas convergen con la propia evolución de la victimología. Las víctimas, a la vez que refuerzan sus posiciones relativas como víctimas individuales, se agrupan y, políticamente coordinadas, se convierten en importantes entes de presión, ayudados por los canales mediáticos, transformándose en poderosos agentes que ejercen el *lobby* político¹¹⁹.

La complejidad del fenómeno delictivo importa un estudio profundado para llevar a cabo eventuales cambios legislativos o de Política criminal, lo que acaba no ocurriendo debido a la presión de esos grupos que, si contrariados, tienen en los medios de comunicación de masa un fuerte agente de impulsión a sus demandas, y al propio interés de los grupos políticos en busca de una agenda para sus fines políticos-electorales. Eso pasa, muchas veces, no por simple influencia de las propias víctimas, sino, como dijimos, por la influencia de los medios de comunicación y los grupos políticos que acaban instrumentalizando esas agrupaciones de víctimas¹²⁰.

Claro que juegan las víctimas un importante papel en la definición de los intereses protegidos por el Estado, a través de la Política criminal y el Derecho penal¹²¹, pero lo que puede perjudicar la seriedad de la Política criminal y,

¹¹⁹ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., p. 118: “Junto al nuevo espíritu anti convencional, el segundo factor incisivo en la evolución doctrinal de la moderna Victimología viene determinado por el auge de los movimientos sociales. A la vez que refuerzan sus posiciones relativas como víctimas individuales, las víctimas, en tanto agrupadas y coordinadas, se van convirtiendo en influyentes colectivos de presión, nuevas instancias sociales de consulta política imprescindible. Desde su primera emergencia, las asociaciones de víctimas se constituyen así en poderosos lobbies políticos”.

¹²⁰ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, op. cit., p. 124 “En efecto, con frecuencia, las víctimas pasan a ser esgrimidas como instrumento de combate sobre la palestra político-electoral, convirtiéndose de seres individuales afectados en concreto a puros símbolos de las disfunciones del orden o sistema. Como se observa, también es ésta una forma de evaporar los conflictos concretos y de presente de las víctimas en pro de una abstracción políticamente rentable”.

¹²¹ FLETCHER, George, *El lugar de las víctimas en la teoría de la retribución*, en SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITZWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal, op. cit., p. 88.

incluso, las propias reivindicaciones de las víctimas es la instrumentalización del papel de la víctima para fines político-electorales, o sea, reflejar en la Política criminal a través del populismo punitivo.

Es necesario, todavía, comprender un poco más lo que son los grupos de presión. La formación de grupos de presión representa una de las consecuencias directas de los sistemas políticos basados en la idea de participación, que, con base en el principio constitucional de la libertad de asociación, facilitaron el surgimiento de grupos de defensa de intereses¹²².

Ejemplos de la creación de esos grupos son patentes en la sociedad con enfoque en determinados grupos de víctimas, como por ejemplo las víctimas de la llamada “violencia de género”, lo que no deja de tener un efecto claro, y a veces perverso, en la Política criminal, resultado de la falta de transparencia¹²³ de los políticos en sus opciones de Política criminal.

El poder obtenido por determinados grupos de víctimas en el juego de poder es también contraproducente para los efectos últimos de la actuación

¹²² FERREIRA, Rui Miguel Zeferino, “Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas”: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América, em *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015, p. 10: “O Estado após a segunda guerra mundial foi construído e moldado por sistemas políticos de participação, nomeadamente por via do direito de livre associação, através do qual diferentes grupos passaram a defender os interesses dos seus associados, na tentativa de capturar o máximo de benefícios. Consequentemente é neste “jogo” de interesses que surgem os grupos de interesse, os quais estão muitas vezes associados fenómenos de corrupção e de falta de transparência”.

¹²³ FERREIRA, Rui Miguel Zeferino, “Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas”: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América, em *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, op. Cit., p. 10: “Decorrente da organização da sociedade e do sistema político alguns dos problemas que são diagnosticáveis ao Estado são a corrupção e a falta de transparência nas decisões políticas, em muitos casos promovida pelos grupos de interesse. O sistema democrático acentuou o poder dos grupos de interesse na órbita dos partidos políticos, através dos quais procuram transmitir os custos dos seus privilégios para os outros cidadãos ou grupos (...). Este facto tem levado a que os “jogadores” com menos poder de influência no processo democrático fiquem mais gravemente onerados. Outro dos problemas que é diagnosticável ao Estado resulta da transferência de importantes blocos de poder para os grupos de interesse, e não apenas a atribuição direta de benefícios e de vantagens, o que vem tendo como consequência o crescimento desmesurado do Estado”.

política, debido a la instrumentalización de los sujetos por el poder político y, en especial, por otros grupos de intereses y presión, como los medios de comunicación y los propios partidos políticos.

Eso también sucede porque el conjunto de ventajas obtenidas en la construcción de la Política criminal – especialmente en cuanto a su endurecimiento – resulta también en el olvido de otros grupos de víctimas. Ese fenómeno sucederá por factores relacionadas con las consecuencias de las víctimas perjudicadas, que pueden ser marginales, sin representación política, y, por lo tanto, con menor impacto mediático o político. En definitiva, hay delitos que tienen naturalmente un carácter más promocional que otros.

Ese fenómeno es claramente visible en las elecciones. Hoy en día, prácticamente toda plataforma electoral, o el programa de gobierno de partidos políticos, aunque sea contrario a sus fundamentos ideológicos basilares e históricos, proponen medidas punitivas en defensa del endurecimiento, por ejemplo, en relación a la violencia de género.

Desde 1951, David TRUMAN ha tornado conocido el papel de los grupos en el proceso de influencia de las políticas públicas¹²⁴, lo que también engloba la Política criminal y su endurecimiento punitivo¹²⁵. Siguiendo el pensamiento de ese autor, los grupos de presión se encuentran inseridos dentro de un grupo más amplio que son los grupos de intereses que son en general de naturaleza económica.

¹²⁴ RODRIGUES, Leda Boechat, *Grupos de pressão e grupos de interesse*, Curso de introdução à Ciência Política, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982, v. 7, p. 23.

¹²⁵ FERREIRA, Rui Miguel Zeferino, “Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas”: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América, em *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, op. Cit., p. 10: “Desde o início do século XX que os sistemas políticos vem sendo construídos com base na atuação dos grupos de interesse, sendo que esses grupos vêm intervindo em todas as áreas decisórias dos governos”.

Estos grupos de intereses¹²⁶ tienen al largo de las últimas décadas crecido exponencialmente, lo que sucede debido a la creciente complejidad de la sociedad, de los nuevos problemas económicos y políticos, del surgimiento de nuevas actividades sociales y económicas, así como en resultado del surgimiento de nuevos derechos sociales, económicos o políticos.

La fijación de conceptos de grupos de intereses y presión es fundamental, aunque sea una tarea compleja. Autores como BENTLEY presentan una definición en la cual “el grupo es una masa de actividad, un grupo político es una masa de actividades que siguen en una dirección política común”¹²⁷. Por su lado, PASQUINO entendía ser necesario diferencias los grupos de presión y los partidos políticos¹²⁸.

En cuanto David TRUMAN en una construcción más amplia del concepto de grupos de intereses, sugería una definición que consistiría en que “cualquier grupo que, con base en una o más actitudes compartidas, presenta reivindicaciones contra otros grupos en la sociedad por el establecimiento, manutención o ampliación de formas de comportamiento que son consecuencias de aquellas actitudes”¹²⁹.

¹²⁶ Es necesaria la comprensión de conceptos de grupo de intereses, grupo de presión y de *lobby*, para poder percibir el modelo de funcionamiento de la influencia que ejercen sobre el proceso democrático de decisión política, en particular en lo que se refiere a la presión ejercida sobre el Poder legislativo, así como el modo como construyen sus fenómenos de clientelismo político-partidario y de corrupción en el sistema político. A respecto, FERREIRA, Rui Miguel Zeferino, “Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas”: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América, em *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, op. Cit., p. 11 e ss.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Giranfranco, *Dicionário de Política*, 4ª edição, Editora UNB, Brasília, 1992.

¹²⁸ BENTLEY, Arthur F., *The process of Government: A study of social pressures*, Transaction Publisher, New Brunswick, 1994.

¹²⁹ TRUMAN, David B., *The Governmental Process*, Knopf, New York, 1951, p. 33: “(...) ‘interest group’ refers to any group that, on the basis of one or more shared attitudes, makes certain claims upon other groups in society for the establishment, maintenance, or enhancement of forms of behavior that are implied by the shared attitudes”

Por su lado, BROWNE ha avanzado aún más en tres características para definir su concepto¹³⁰. Así, no deben ser considerados grupos de intereses las entidades que no organicen sus miembros en torno de políticas, ni lleven políticas a sus miembros. Luego, es necesario que esté en causa un interés político relevante. Así, los grupos de presión son sinónimo de *grupos de interés político*, con una determinada organización formal, pero con el objetivo de desarrollar una acción específica de presión, a través de la amenaza como forma de influenciar las decisiones políticas¹³¹. En definitiva, los grupos de presión son grupos de intereses que ejercen presión¹³².

En nuestro contexto político-criminal, encontramos tres grandes agentes no oficiales que influyen de la Política criminal actual: los grupos de naturaleza asociativa constituidos para defensa, protección y apoyo a las víctimas; los medios de comunicación; y la opinión pública. Los dos últimos representan grupos de presión *latentes* o *potenciales*, por no se encontraren formalmente constituidos, pero pueden ejercer presión. En especial, la opinión pública no será automáticamente un grupo, pero puede promover grupos ya constituidos.

¹³⁰ BROWNE, William P., *Groups, interests and U.S. Public Policy*, Georgetown University Press, Washington, 1998, p. 13: “One, they voluntarily bring together members and supporters, or joiners. Two, these joiners share a common characteristic that differentiates them from others. Three, the group’s purpose is to represent issues of public policy that fit the joiner’s common concerns. That’s their interest. Without all of the three, whatever organization is, it isn’t an interest group”.

¹³¹ FERREIRA, Rui Miguel Zeferino, “Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas”: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América, em *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, op. Cit., p. 12: “diferença face ao grupo de interesses decorre assim de estar relacionada com o recurso a comportamentos negativos (ameaças, punições) ou positivos (prémios)”.

¹³² KEY, V. O., *Politics, parties & pressure groups*, Thomas Y. Crowell Co., 5th edition, New York, 1964, p. 11: “In the give-and-take between government and governed, the formal apparatus of government may be supplemented by a system of private associations, which, in the United States, are called pressure groups. These associations may perform a representative function by communicating the wishes of their members to public authorities; or they may bring ‘pressure’ to bear upon the government. The same groups may be consulted by government. They may even exercise forms or private authority which differ little from governmental authority. At times their influence on the actions of formal government may be so potent that they in fact control the exercise of public authority. In other instances they may perform creative functions in the contrivance of proposals for public policy. Pressure groups may be in alliance with a political party, and they often seek to influence the outcome of elections”.

La opinión pública representa una posición privada sobre algo que es público, y sufre ella misma presión de los grupos formalmente organizados y de los partidos políticos, que acaban presionando indirectamente el poder público, porque el poder político depende del proceso democrático electoral.

Tratase, así, la opinión pública, mucho más un instrumento utilizado por los grupos de presión organizados. Y, así, los medios de comunicación pasan a ser un instrumento intermedio para ese posicionamiento de los grupos de presión¹³³ que acaban por reflejar todo el sentimiento de la inseguridad ciudadana, concretando una Política criminal simbólica y endurecida. Actualmente, como desarrollado aquí, está muy claro que el carácter reivindicativo y promocional de las víctimas juega un importante papel en esa concreción político-criminal del Estado.

B) Reflejos en la política criminal: el populismo punitivo

Se puede definir el “*populismo punitivo*” como la doctrina que se proclama la fuerza motriz que busca sosegar los efectos de la inseguridad ciudadana, y de la poca confianza en la efectividad del aparato del estado. Esa doctrina acaba por expandir el Derecho penal y, el afán de legislar con prisa para dar respuestas a la sociedad, acaba por hacerlo de forma a acomodar interpretaciones arbitrarias y restrictivas de derechos y de garantías¹³⁴.

¹³³ GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 18: “Convencidos de que, para obtener victorias electorales, deben conquistar los votos de los ciudadanos centristas, moderados, los grandes partidos tienden a eliminar los aspectos más “ideológicos” de sus plataformas políticas, ofreciendo programas de gobierno cada vez más indiferenciados, cada vez más similares. En materia de política criminal, se conoce como populismo punitivo la adopción de propuestas que incrementan la dureza de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública”.

¹³⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 177-200.

El fenómeno del "populismo punitivo", en cuanto a la Política criminal, también se entiende como la adopción de propuestas que incrementan la dureza de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública¹³⁵, especialmente utilizándola como instrumento para garantizar sus propuestas de endurecimiento concreto.

Eso es aún más perverso cuando se percibe que el debate Político criminal ya no es más dominado por expertos, sino por políticos oportunistas, grupos de presión formado por víctimas o entes reivindicativos, canales mediáticos y la opinión pública informada de manera equivocada, o manipulada de manera instrumental por los entes envueltos en esa carga punitiva¹³⁶. O sea, un debate cada vez más lejano de la Ciencia político-criminal.

Todo ese contexto puede atestar claramente una gran ineficiencia en las decisiones político-estatales, pues esas víctimas (en general individuales) se convierten en grupos de presión, y las políticas públicas se ven dominadas por ese discurso político, muchas veces por el simple hecho de que las víctimas son mal atendidas por el propio Estado en su momento de mayor debilidad e inseguridad¹³⁷.

¹³⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 18: "Convencidos de que, para obtener victorias electorales, deben conquistar los votos de los ciudadanos centristas, moderados, los grandes partidos tienden a eliminar los aspectos más "ideológicos" de sus plataformas políticas, ofreciendo programas de gobierno cada vez más indiferenciados, cada vez más similares. En materia de política criminal, se conoce como populismo punitivo la adopción de propuestas que incrementan la dureza de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública".

¹³⁶ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 49: "(...) El proceso de generación de las políticas públicas se ha vuelto profundamente politizado y populista. Las medidas de política pública se construyen de una manera que parece valorar, sobre todo, el beneficio político y la reacción de la opinión pública por encima del punto de vista de los expertos y las evidencias de las investigaciones. (...)".

¹³⁷ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 49: "Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad "de la gente", del sentido común, de "volver a lo básico". La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufriendo y mal atendida, especialmente la voz de "la víctima" y de los temerosos y ansiosos miembros del público. Hace

También está claro que los medios de comunicación juegan un importante papel en la construcción de los todos problemas sociales en la actualidad, lo que viene a confirmar la impresión de que muchas decisiones legislativas se han adoptado teniendo en cuenta la presión ejercida por movimientos de víctimas que tienen acceso a esos medios, o acaban lanzadas a la notoriedad por ellos, y por la reacción de la opinión pública en general, de repudio a la delincuencia, ya que la agenda de los medios de comunicación está intensamente ocupada por el fenómeno criminal¹³⁸, especialmente en el contexto de inseguridad que ya hemos comentado.

El proceso de fijación de la agenda de los medios de comunicación, o sea, la selección, presentación e incidencia de sus noticias es llamado de *agenda-setting*¹³⁹. Basta una rápida mirada a cualquier medio de comunicación para percibir que la agenda de ellos está absolutamente ocupada con el fenómeno de la delincuencia¹⁴⁰.

La situación puede, a veces, ser aún peor: la visión ofrecida por los medios de comunicación es muchas veces distorsionada, especialmente por su carácter naturalmente económico, ya que son en general grupos económicos

unas cuantas décadas, la opinión pública funcionaba como un ocasional freno de las iniciativas políticas; ahora opera como su fuente privilegiada. (...)

La politización del control del delito ha transformado la estructura de relaciones que conecta el proceso político y las instituciones de la justicia penal. (...)

¹³⁸ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pp. 32-33: “Se confirma la impresión de que algunas decisiones legislativas recientes se están adoptando en función de la presión ejercida por movimientos victimales con fácil acceso a los medios de comunicación y, a través de éstos, a las esferas gubernamentales”.

¹³⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luis, *Perspectivas de análisis y principios constitucionales*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 25.

¹⁴⁰ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luis, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 49: “En el marco de la teoría del agenda-setting, diversos estudios señalan la construcción del miedo al delito en la opinión pública como consecuencia del retrato de la realidad social divulgado por los medios de comunicación en masa”.

importantes, con finalidad de lucro. Eso tiene consecuencias reales, ya que los grupos políticos estarán siempre sedientos en agrandar la opinión pública en busca de votos y de afirmar sus políticas públicas, en su discurso muchas veces demagógico, engendrado a través de los medios de comunicación y de las redes sociales¹⁴¹.

Todo ese anfiteatro mediático montado alrededor de las víctimas, agrupadas o no, forman el discurso del populismo punitivo, que es dominante en la Política criminal actual, reflejando el complejo de la victimidad en la sociedad. Actualmente, no vemos lograr tener eco una Política criminal técnica, menos emotiva, desde el punto de vista político-electivo. Así, hay una popularización de las opciones político criminales del Estado, por demandas de la audiencia penal lo que no tiene una concreción en la salvaguarda o protección de la sociedad – es simplemente simbólica¹⁴².

¹⁴¹ SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-09, 2005, pp. 09: 1-46, p. 09: 3: “Pero los medios de comunicación ofrecen una visión deformada de la realidad delictiva de un país. Pueden iniciar la cobertura de una supuesta ola de delitos, con independencia de los índices que aportan los datos oficiales, e igualmente ponerle fin. Este fenómeno ficticio produce, sin embargo, consecuencias muy reales: aumento de efectivos policiales, reformas legislativas o costes políticos elevados, como la posible pérdida de unas elecciones si los ciudadanos creen, con base o sin ella, que el Gobierno no puede controlar la delincuencia”.

¹⁴² HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal*. Nuevas estrategias inocuidadoras en la postmodernidad penal, Editora Jurídica Griley, Lima, 2002, pp. 33-34: “El discurso político dominante se resiente, así, de este mismo complejo criminal, que abre un lógico camino a la llana y descomplicada popularidad del rearme punitivo. Otras opciones de Política criminal, menos emotivas, se perciben como altamente teóricas y sofisticadas para ser, en verdad, efectivas. Como se aduce con burlón amargor, desde el punto de vista de los políticos, el delito y el castigo se convierten en cuestiones demasiado importantes como para dejarlas en manos de expertos.

Así las cosas, una Política criminal que desaprobe posiciones viscerales y punitivas, que se haga eco de la lógica del bienestar y de las soluciones sociales, que busque desdramatizar el control del delito y delegar en el consejo del científico afronta un poco sugestivo coste electoral. Como bien se advierte, siendo el miedo al delito una sensación difusa y de fácil manipulación, nada más peligroso que una Política criminal sensible a sus dictados.

En estos términos, como se señala acertadamente, nunca tanto como al presente se detecta una tan inmediata e íntima convergencia entre la percepción popular de los aspectos penales y la Política criminal estatalmente asumida: un fenómeno que ha sido calificado como popularización de la Política criminal, basada no en el suelo teórico elaborado por los expertos, sino en estimaciones sobre las demandas de la audiencia penal, esto es, lo que la ciudadanía desea para sentirse salva y protegida”.

La Política criminal populista tiene diversas consecuencias, entre las cuales se puede destacar: el descrédito de los expertos y su consecuente distanciamiento e, incluso, actos dirigidos a dejarlos a margen de la participación en la creación de políticas públicas; el manejo excluyente por parte de los políticos y determinados grupos, empobreciendo el debate por dejar afuera distintos puntos de vista¹⁴³.

Así, existen afirmaciones que sostienen que la crisis de autoridad y de ascendencia moral, y su incapacidad de liderar, cohesionar y dotar la sociedad de respuesta eficaces, conducen a la gestación del fenómeno del populismo punitivo, en parte por el reflejo de la presión ejercida por grupos de víctimas a través, muchas veces, de los medios de comunicación. Las víctimas, así, son claramente manejadas, convirtiéndose en instrumento para la superación de circunstancias socio-políticas, terminando en una concreción de un Derecho penal puramente simbólico¹⁴⁴.

Además de eso, se puede decir que el activismo de las víctimas acaba, al final, desencadenado todo ese fenómeno populista-penal, eso en parte depende del propio escenario político que acaba siendo creado para las víctimas. Éstas, especialmente cuando organizadas en grupos, adaptan sus estrategias y demandas al entorno, determinando sus reivindicaciones políticas¹⁴⁵. O sea: toda esa realidad está conectada, siendo al mismo tiempo causa y efecto del fenómeno populista.

¹⁴³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 81-82.

¹⁴⁴ HERRERA MORENO, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, María Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, op. cit., pp. 108-109.

¹⁴⁵ HERRERA MORENO, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, María Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, op. cit., p. 109.

Así, se queda claro que los medios de comunicación se han convertido en uno de los grandes protagonistas de análisis y proposición de la Política criminal, no sólo en España, pero en todo el mundo¹⁴⁶. A través de la gran difusión del tema de la violencia, con foco en las víctimas de los delitos, esas acaban convirtiéndose en grupos que hacen enorme presión y acaban guiando las políticas públicas.

El populismo punitivo rechaza el análisis técnico de la Política criminal, dejándola a la deriva, en las manos de grupos políticos únicamente interesados en ganar electoralmente. Es imposible definir exactamente cuál es la cuota de responsabilidad de cada ente que participa del proceso, sean los propios grupos formados por las víctimas, los medios de comunicación, la opinión pública que se siente amenazada por la noticiada escalada de violencia o los propios grupos políticos oportunistas.

De hecho, se puede percibir que ya hay, hace tiempo, un incremento en la sensación de inseguridad, pero en gran parte es provocada por el sensacionalismo de los medios de comunicación de masas, que muchas veces explora las víctimas de delitos en busca de mayor audiencia de una sociedad ya hace mucho asustada e insegura.

Son producidas a través del populismo punitivo normas de carácter simbólico, que sirven mucho más para crear una falsa sensación de seguridad, que para la efectiva optimización de todo el Sistema penal¹⁴⁷.

¹⁴⁶ VARONA GOMEZ, Daniel, “Medios de comunicación y punitivismo”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 1/2011, Barcelona, p. 2: “Los medios de comunicación se han convertido recientemente en protagonistas de los análisis de política criminal en nuestro país, ya que la doctrina española ha empezado a considerarlos como uno de los actores básicos dentro del proceso de deriva punitiva que nuestro sistema penal habría experimentado. Ésta es de hecho una línea de pensamiento claramente compartida en la literatura criminológica contemporánea”.

¹⁴⁷ ABRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho penal de La Universidad

De esta manera se crea un círculo vicioso, donde, en ese ámbito de falsa sensación de seguridad, las víctimas son puestas en evidencia, exploradas por los medios de comunicación exhaustivamente. Esa evidencia crea, por su parte, una renovación del sentimiento colectivo de inseguridad, ya plasmado en la sociedad, transformando las víctimas en grupos de presión, apoyados por la opinión pública, cuyas expectativas los grupos políticos quieren atender para obtener dividendos político-electorales.

Se puede percibir claramente que las víctimas son, así, instrumentalizadas, formando parte de las bases de la Política criminal del Estado, que, por no haberlas atendido bien, crean una inseguridad generalizada y, por tanto, acaba por difundir un populismo punitivo.

O sea: el propio Estado es en parte responsable de la inseguridad que alega combatir a través de las políticas públicas populistas. Además, los *lobbies* de víctimas crean una serie de riesgos¹⁴⁸, que, maximizado por los medios de comunicación, provocan el endurecimiento de la legislación penal, a través del populismo punitivo.

Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 475: “El Estado se arroga en el Derecho penal posibilidades de intervención ilimitadas de forma que, para los ciudadanos, la moderna legislación penal resulta absolutamente misteriosa. El deseado efecto preventivo se pierde en la maleza del lenguaje legal hinchado e incomprensible (no hay más que leer una vez las normas de la Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica). La clara llamada de la norma nunca acaba resistiendo el mercado de intereses de las comisiones de mediación legislativa”.

¹⁴⁸ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., p. 38 y ss: “Los *lobbies* de víctimas, pese a sus méritos como representantes de la sociedad civil, implican una serie de riesgos. En primer lugar, el asociacionismo puede favorecer el fomento del victimismo y, por consiguiente, la instalación en la victimización. En segundo lugar, al estar al servicio de los decisores políticos están asociaciones corren el riesgo de terminar siendo manipuladas por el propio poder establecido. En tercer lugar, la ambición de las asociaciones, que ven paulatinamente logrados sus objetivos, puede llegar a ser insaciable. Ello puede llevar a que, por un lado, pretendan monopolizar el discurso de las víctimas y, por otro, que surja la competitividad entre las asociaciones de víctimas por ganar notoriedad en el espacio público, por tener un mayor protagonismo que las demás en la agenda pública. Ambos aspectos producen una visión equívoca en la opinión ciudadana, que parece ser proclive a los postulados defendidos por estos grupos de presión”.

Ese camino no es el más adecuado para la creación de una verdadera sensación de seguridad. Claro que las víctimas pueden y deben reunirse buscando una reparación o una real sensación de justicia – eso es absolutamente legítimo -, incluso ya hemos manifestado que defendemos la inclusión de la víctima en el Sistema penal, pero eso se debe hacer a través de un estudio técnico y llevado a cabo por expertos, no como un ente que participa de la conducción de una Política criminal populista, lo que no es el camino adecuado siquiera para contestar a las expectativas de los grupos de víctimas.

Por cierto, con una Política criminal racional, centrada en la técnica y conducida por expertos, se podría optimizar el Sistema penal, también con plena atención a las víctimas que buscan sus derechos, a través de una manifestación legítima y cívica.

CAPÍTULO VIII

EL DISCURSO POPULISTA Y EL PUNITIVISMO:

CONSECUENCIAS LEGISLATIVAS DE LA POSTMODERNIDAD

I.- Definiciones y comprensión del concepto desde el punto de vista político

El protagonismo del discurso punitivista¹ es algo muy claro en las últimas décadas. Se vislumbra el Derecho penal como instrumento redentor² para salvar la sociedad ahogada en la inseguridad percibida y noticiada a diario en los medios de comunicación³. Hay un claro sentimiento de “nosotros” *versus* “ellos”, o de los ciudadanos “buenos” *versus* “malos”, la *praxis* penal sería la verdadera cruzada contra el mal⁴.

¹ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, Editorial UOC, Barcelona, 2009, p. 35.

² CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 7.

³ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 13.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 35-36: “Con ello, en efecto, parece querer indicarse que la política práctica del Derecho penal responde exclusivamente a consideraciones de cierto pragmatismo inmediato sin el más mínimo apoyo en teoría alguna – ni principialista, ni utilitarista o consecuencialista, ni mixta – de la política criminal o de la política del Derecho penal. Así se tiende a contraponer la ‘política criminal ilustrada’ – científica – (*aufgeklärte Kriminalpolitik*) y la política criminal real. La primera estaría comprometida con la observancia de los derechos humanos y los estándares del Estado de Derecho, a la vez que comprobaría según baremos racionales las condiciones reales de aplicación del Derecho penal y sus consecuencias. Sería ‘científica’ en toda la extensión de la palabra. La segunda, en cambio, se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal (*Kampf gegen das Böse*). Sería, sin más, acientífica.

Para esta postura, aparentemente, la política criminal oficial no persigue ninguno de los fines materiales de legitimación a los que se afirma servir. Eso sí, se pretendería con ella un fin instrumental: la obtención y mantenimiento del poder, para lo que se trataría incluso de provocar el incremento de los miedos sociales ante la criminalidad y los delincuentes”.

Los Derechos fundamentales se transformaron en algo “ultrapasado” o simplemente un discurso vacío, se olvidando, muchas veces, que la pena debe tener un fundamento para ser legítima para el Derecho penal – un conjunto de decisiones político-criminales basadas en presupuestos finales⁵, y en principios basilares que nortean la aplicación de la Ley penal⁶.

La expectativa social alimenta agentes estatales que asumen la postura de héroes cuando dicen combatir la criminalidad, pero la verdad es son muchas veces justicieros vestidos de trajes y en cargos electivos, o vestidos de togas en el Poder judicial – tratase del *Verbrechensbekämpfung*, la “lucha contra el delito”. Quieren más espectáculo, más aplausos de la sociedad perdida entre su miedo delante del delito y la retórica del incremento de la criminalidad. Tratase muchas veces de una Política criminal que tiende a la obtención y el mantenimiento del poder, donde encontramos intenciones pragmáticas y simbólicas de corto plazo⁷.

El problema de la reacción social contra el delito es algo en pauta desde siempre⁸. Cambia, pues, el grado de esa reacción y en contra cuales delitos la

⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, 2813, 2001, Actualidad Penal, Sección Doctrina, 2001, Ref. I, pág. 1, tomo 1, Editorial La Ley, pp. 1-20, p. 4.

⁶ GRECO, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal, traducción de Paola DROPULICH y José R. BÉGUELIN, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 24: “La pregunta puede ser expresada tanto con relación a la conducta del Estado como con respecto a la conducta de los ciudadanos. En concreto, y referido al Estado: ¿por qué no puede castigar sin culpabilidad? ¿Por qué no puede torturar ni imponer la pena de muerte? ¿Por qué no puede declarar punibles acciones que tienen lugar dentro de la esfera privada del ciudadano? *Last but not least*, para expresar la pregunta central en Feuerbach: ¿por qué no puede castigar sin ley? Y referido al ciudadano: ¿por qué no debe matar a otros hombres o sustraer cosas muebles ajenas con ánimo de apropiación?”.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 35.

⁸ VON HIRSCH, Andrew, *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 125: “La justificación de la sanción representa únicamente un aspecto de la teoría de la pena, de la que también son parte por ejemplo los principios sobre los que se asienta la responsabilidad penal que son abordados por la Parte general. En la actualidad algunos

reacción es más dura⁹. Eso actualmente se ve marcado por una *ideología de la represión*, más próximo de los modelos económicos de comportamiento – “*rational choice approach*” – que de los verdaderos fundamentos del Derecho penal y de la Política criminal¹⁰.

El *punitivismo* es mucho más un síntoma de que hay algún problema en la sociedad¹¹, especialmente cuando comprendemos que el fenómeno delictivo es algo absolutamente normal en la vida cotidiana: siempre habrá aquellos que entienden que la regla social no se aplica a determinada conducta, o que se engañan, o se descuidan, cometiendo hechos considerados prohibidos por la sociedad¹².

Las raíces del punitivismo de la actualidad nos parece enterradas, como ya hemos dicho, en el colapso del Estado del bienestar y en una pérdida de los objetivos resocializadores, iniciada en los países anglosajones en los años 70 y 80¹³, poseyendo también como presupuesto la irrupción de la víctima en el

teóricos, tanto en Inglaterra como en Alemania, que mantienen una justificación ‘relativa’ de la sanción penal, anudan ésta con las teorías de la Parte general que remiten a elementos deontológicos (como por ejemplo las condiciones de culpabilidad). La cuestión de por qué ha de existir una institución como la pena debe preceder y enmarcar la discusión sobre este influjo inadvertido de la distinción ‘absoluta/relativa’”.

⁹ VON HIRSCH, Andrew, *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 132: “La pena implica la causación de un mal a través del cual se expresa un reproche. Probablemente el mejor modo de justificar la pena puede efectuarse si se toma en consideración que cada uno de estos elementos, mal y censura, han de justificarse por sí solos y probar finalmente como pueden ser unidos en el marco de una teoría penal. Me gustaría empezar con la censura penal, en cuanto que este elemento a mi juicio desempeña un papel esencial en la justificación de la pena”.

¹⁰ KHULEN, Lothar, *El Derecho penal del futuro*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 226.

¹¹ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción de Máximo SOZZO, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p. 131.

¹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pp. 189-190.

¹³ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, “Sobre los peligros del punitivismo”, El fenómeno de la encarcelación masiva en Estados Unidos, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 3/2013, Barcelona, p. 2: “EE.UU. es una de las democracias con mayores tasas de encarcelamiento del mundo. No obstante, el problema no son sólo las dimensiones de su

sistema penal¹⁴. Tratase de algo claramente ligado a la idea de *eficientismo*^{15/16}, que acabó por desaguar en la Política criminal populista, especialmente con las doctrinas del “Tolerancia cero”¹⁷.

Tratase de una ponderación muy dura, con costos muy altos para los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho: mientras, por un lado, los postulados democráticos constitucionales impiden la flexibilización de Derechos y garantías¹⁸, por otro, la sociedad busca una mayor eficiencia del Sistema penal, especialmente debido a la sensación de inseguridad.

En primer análisis, el punitivismo quiere crear un efecto intimidatorio¹⁹, producido a través de puniciones duras y contundentes, sin atención a la

población penitenciaria -que, en 2010, superó los 7 millones de personas-, sino el enorme incremento de la que esta ha sido objeto en las últimas décadas y su concreto perfil. Según los estudios existentes, el denominado fenómeno de la encarcelación masiva ha recaído con especial virulencia sobre un sector de la población: los hombres jóvenes afroamericanos que residen en grandes ciudades”.

¹⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos fundamentales*, Universidad Viña del Mar, N. 8, 2012, pp. 45-76, p. 46: “Siendo cierto que se había pecado de falta de sensibilidad y atención a las víctimas, no lo es menos que un mayor peso en el proceso redundaría en un detrimento de las garantías de los imputados. Desde la perspectiva de la víctima ya no es posible definir el Derecho penal como “carta magna” del delincuente. Principios como el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia se van convirtiendo paulatinamente en *in dubio pro víctima* y presunción de culpabilidad. Incluso las finalidades preventivas que la doctrina mayoritaria atribuye al Derecho penal están dejando paso a concepciones retributivas, aun cuando no se diga expresamente. La venganza como forma de “reparación” a la víctima está detrás de las agendas políticas”.

¹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 191-192: “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 penal. (...)”.

¹⁶ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 44.

¹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 93 y ss.

¹⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos fundamentales*, op.cit., p. 46.

¹⁹ GRECO, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal, traducción de Paola DROPULICH y José R. BÉGUELIN, op. cit., p. 27: “La teoría de la intimidación tiene en la Alemania actual, en general, una mala reputación. Desde el tiempo de la posguerra se dedica a ella poco más que un desprecio general. Así, escribe ya H. Mayer: «Pero quien traduce prevención general como intimidación, demuestra que no aprendió el idioma latín y no ha reflexionado cuidadosamente sobre la problemática» 6. Lo expresado por Bockelmann desde el

individualización de la pena²⁰. Después, al menos en su discurso dirigido, especialmente a los delincuentes potenciales, pero también a la sociedad, de manera amplia, en un contexto de amenaza y disuasión, quiere buscar paz y tranquilidad para la sociedad, a través de un cuerpo de seguridad pública efectivo²¹.

Pero ya está muy claro que la intimidación no funciona: véase el exagero de la pena de muerte en el final del Antiguo Régimen, cuando el delincuente, sabedor que sufriría la pena grave independiente del delito que cometiera, cometería siempre el que le daría más ventajas – hemos tratado de eso en capítulo anterior. Para DURKHEIM la intimidación es in síntoma de la sociedad moralmente deteriorada²².

Si la intimidación fuera el camino para la paz social, esta habría sido conseguida en sociedades anteriores, y encontraríamos un efecto duradero después de la adopción de políticas “Ley y Orden”, “Tolerancia cero” y semejantes, lo que está claro que no es el caso²³.

Ahora bien, cuando hablamos en castigo debemos tener la conciencia que estamos tratando de algo que ocurre también fuera del sistema legal, en la escuela, en casa, en el trabajo, etc., y de una forma u otra es algo también normal

tiempo inmediato posterior a la guerra es aún en gran medida correcto: «En términos científicos difícilmente se siga sosteniendo una teoría de la pena que ponga de relieve el fin de intimidación». Nueve años más tarde él opinó todavía más duramente: «Sobre la teoría de la intimidación no se ha de gastar ni una palabra. Su incorrección es evidente». Y hoy dice Stratenwerth que la teoría de la intimidación habría «perdido todo crédito en la ciencia».

²⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos fundamentales*, op. cit., p. 50.

²¹ GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, Siglo Veintiuno Editores, Ciudad de México, 1999, p. 307.

²² GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, op. cit., pp. 97-98.

²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 191 y ss.

de la sociedad humana²⁴. No es algo ajeno al delito, sino que un “*artefacto social que cumple varios propósitos*”²⁵.

Del punto de vista político-sociológico, los delitos son actos que violan normas de conciencia colectiva, y por tanto producen una reacción *punitiva*. Los delitos son actos más graves que el quebranto de normas menos fundamentales para la sociedad, que generaran menor reacción social²⁶. Así se debe cuestionar, si ¿habrá cambiado algo que ha denotado mayor gravedad en los actos, para demandaren mayor reacción punitiva en la actualidad?²⁷

La preocupación hacia el crimen, la inseguridad social, la victimización y el sentimiento social de miedo de también ser víctima al delito, con la colaboración de los medios de comunicación – independiente del efectivo incremento del riesgo, son elementos que crean el clima de punitivismo exacerbado en la sociedad. En definitiva: más que el aumento real del riesgo en ser víctima del delito, lo que influye para el punitivismo es la alarma social y la histeria colectiva²⁸.

Hay una comprensión miope de lo que se considera un Derecho penal eficaz. Alegase que el Derecho penal clásico y las premisas constitucionales de Política criminal son deficitarias y llevase a cabo un Derecho penal simbólico, no mejorando la idoneidad para resolver los problemas, sino señalando mayor contundencia, pero no se cuida de hacer un análisis de los costos sociales y

²⁴ GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, op. cit., p. 33.

²⁵ GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, op. cit., p. 36.

²⁶ GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Un estudio de teoría social, traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, op. cit., p. 46.

²⁷ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, Oxford University Press, New York, 1997, p. 5.

²⁸ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, op. cit., p. 26.

políticos de ese instrumento normativo, que renuncia a los postulados básicos en nombre de una “necesidad” urgente²⁹.

Ese Derecho penal funcionalizado políticamente no tiene condición de ocupar el lugar del conjunto de control social institucionalizado que le corresponde. Perdería su poder normativo, su confiabilidad, su limitación. Hay una banalización de los conceptos, distanciando el Derecho penal y la Política criminal de la propia infracción jurídica como es concebida – o sea, perdería su propia idoneidad como delimitación de hechos punibles y de reacciones sociales, en nombre de un punitivismo exagerado. El Derecho penal se está tornando un instrumento de direccionismo estatal, con pocos provechos y costes altísimos³⁰.

II.- Los medios de comunicación y su papel en la agenda política: Politización y participación en la conducción de las políticas públicas

Como ya hemos tratado, los medios de comunicación colaboran para esa alarma colectiva, y aumentan la presión sobre los poderes públicos hacia un endurecimiento punitivo³¹ y el sentimiento colectivo de inseguridad³². Ahora bien, cabe detallar un poco más cómo influyen en la agenda política del Estado, para conducción de las políticas públicas, especialmente la Política criminal³³.

²⁹ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 49.

³⁰ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Editorial Temis, Bogotá, 1999, pp. 49-50.

³¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 11.

³² BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 52-53.

³³ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, Universidad Oberta de Catalunya, pp. 26-30, p. 28: “Las decisiones políticas en las

La criminalidad es hoy objeto de auténticos melodramas cotidianos comercializados en los medios de comunicación – como se fuera parte de la industria cultural³⁴. La imagen del delito es tratada de forma espectacular, con grandes influjos en la comprensión popular sobre el fenómeno delictivo³⁵.

Los medios se han convertido en herramientas políticas, mostrando la problemática de la inseguridad social. Señalan el problema y exigen mayor actividad de control por parte del Estado³⁶, pero acaban tornándose gestores de la moral y políticas públicas, conduciendo el hilo de la hechura de la Política criminal en muchas ocasiones³⁷.

sociedades postindustriales, caracterizadas por el incremento de los niveles de complejidad y pluralidad, son procesos complejos en los que intervienen polos de poder de carácter no estatal. Entre estos ocupan un lugar destacado los grupos de presión, que reflejan la pluralidad y fragmentación social propia del mundo secularizado. Otra clase de actores son los medios de comunicación de masas, intérpretes y conductores de estados emocionales colectivos”.

³⁴ VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, p. 25: “Otra materia que ameniza mucho la vida de la gente es la catástrofe. Todas, desde los terremotos y maremotos hasta los crímenes en serie y, sobre todo, si en ellos hay los agravantes del sadismo y las perversiones sexuales. Por eso, en nuestra época, ni la prensa más responsable puede evitar que sus páginas se vayan tiñendo de sangre, de cadáveres y de pedófilos. Porque éste es un alimento morboso que necesita y reclama ese apetito de asombro que inconscientemente presiona sobre los medios de comunicación por parte del público lector, oyente y espectador”.

³⁵ ABRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 480.

³⁶ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 52: “Y en esta dialéctica, los medios de información tienen un papel clave: al señalar los peligros, al subrayar la existencia de riesgos, al exigir una mayor actividad de control por parte de los gobiernos, proporcionan una visión de la realidad que influye en la percepción ciudadana, llevándola a posiciones coincidentes con esa oleada de intensificación de las medidas preventivas y punitivas”.

³⁷ GONZALO IGLESIA, Juan Luis, “La teoría de la comunicación de riesgo”, en *III Congreso AE IC: Comunicación y Riesgo*, Tarragona, 18-20 enero 2012: “Por tanto, la comunicación se convierte en uno de los elementos más significativos que permiten aproximarnos y entender las dinámicas que se crean a la hora de visibilizar e, incluso, definir el riesgo. La pregunta emergente es saber qué lugar ocupa la comunicación y cómo opera dentro de estos procesos. Institucionalmente, a través de los marcos de gestión y de la adopción de la gobernanza del riesgo (IRGC, 2005; Renn, 2008), la comunicación se sitúa de forma central e integradora, pero todavía con la intención de cumplir los objetivos específicos creados desde los

La fijación de la agenda mediática es llamada *agenda-setting*³⁸, y consiste en el papel de los medios como fijadores de la agenda pública. Lo que el ciudadano llega a aprehender de la realidad, pasa, necesariamente por el filtro de los medios de comunicación – el periodista acaba siendo el profesional encargado de deliberar cómo y qué hechos deben llegar al conocimiento público³⁹.

El público acaba organizando su propia agenda, y así, obviamente, los políticos y encargados de llevar a cabo la Política criminal también organizan la propia agenda política, tornando los comunicadores grandes interlocutores de la actividad legislativa⁴⁰. La perspectiva del *agenda-setting* es absolutamente útil para comprenderemos el por qué la información de determinados temas, y no otros, llegan a la sociedad e influyen en las tomas de decisiones políticas^{41/42}.

organizmos públicos. Pero eso no es suficiente para asumir una aproximación social y cultural a estas dinámicas, las cuales necesitan de una visión más constitutiva, interpretativa y reflexiva”.

³⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Perspectivas de análisis y principios constitucionales*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 25: “Se entiende por *agenda-setting*, el proceso en que los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar. En rasgos macrosociológicos, los medios imponen los temas más discutidos en la sociedad. Entendemos que esta imposición de temas es más o menos uniforme en cuanto al abanico temático ofrecido por los distintos vehículos de comunicación”.

³⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Perspectivas de análisis y principios constitucionales*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 25-26.

⁴⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Perspectivas de análisis y principios constitucionales*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 26.

⁴¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Perspectivas de análisis y principios constitucionales*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 26.

⁴² GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Perspectivas de análisis y principios constitucionales*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 27: “Fijar la agenda de los medios es fijar el calendario de los hechos sociales. Seleccionar lo que es y lo que no es importante. Sacar a la luz determinados hechos en detrimento de otros. Legitimar un hecho. Destacar un problema. Crear el clima en el que será recibida una información. Puesto que la finalidad de la información mediática consiste en dar cuenta de lo que ocurre en el espacio público⁹, un determinado acontecimiento será seleccionado por los medios de comunicación y construido en función de su potencial de actualidad, de su fuerza para desencadenar otras pautas que alimenten las agendas mediática, pública y/o política”.

Está claro que el riesgo social está mediatizado, a través de su presencia en la agenda de los medios de comunicación – es fácil comprobar que los temas de la criminalidad encuentran fuerte eco en los medios de comunicación⁴³. El problema es que no sólo la simple cobertura de los hechos criminales están en la programación mediática normal, sino también juicios de valor, generando en la sociedad ecos de ese discurso ya listo, y creando otros discursos nuevos, en general dirigidos al endurecimiento punitivo concreto⁴⁴.

Cualquier Estado democrático tiene obligación de garantizar el libre acceso a la información pública y emitir opiniones – tratase de un Derecho fundamental⁴⁵. El problema está en el proceso de formación de la opinión (pública) de los ciudadanos, cuya temática no nos cabe profundizar aquí⁴⁶. Lo

⁴³ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 45: “Cuantitativamente, es fácilmente comprobable que los temas penales ocupan gran espacio en los medios de comunicación de masa, que llenan sus páginas, o minutos de la parrilla audiovisual, con información penal. Homicidios, robos, hurtos, asesinatos, asaltos, maltratos, malversación de fondos públicos, blanqueo de dinero, violaciones y un largo listado de delitos y faltas son presentados diariamente en los medios de comunicación, con una frecuencia mucho más intensiva y extensiva de lo que es su presencia real en la sociedad¹⁷. Si la función de la prensa es traducir la realidad social, como defienden algunas escuelas de periodismo tradicional, la realidad de los medios sobre los delitos y su ocurrencia estaría muy alejada de la real presencia de éstos en nuestras sociedades.

En el marco de la teoría del *agenda-setting*, diversos estudios señalan la construcción del miedo al delito en la opinión pública como consecuencia del retrato de la realidad social divulgado por los medios de comunicación de masa”.

⁴⁴ GONZALO IGLESIA, Juan Luis, “La teoría de la comunicación de riesgo”, en *III Congreso AE IC: Comunicación y Riesgo*, Tarragona, 18-20 enero 2012: “A través de la comunicación se hacen presentes (o no) los riesgos. Mediante la circulación de discursos los actores interesados se encargan de mostrar (o resaltar) ciertos marcos sobre sus características y efectos, su gestión, los posibles responsables o las medidas a adoptar. Los procesos de definición y gestión del riesgo se convierten en procesos de comunicación entre los diferentes actores o comunidades que participan (Ericson & Haggerty, 1997)”.

⁴⁵ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 45.

⁴⁶ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 47: “La bibliografía sobre los procesos de formación de la opinión pública es muy amplia y, va mucho más allá de los tres modelos aquí reproducidos de

que sí nos importa, en la temática penal, es como queda el Derecho a la información y hasta qué punto la politización de las informaciones vehiculadas por los medios de comunicación de masas influye en la politización y la fijación de la agenda político-criminal.

Que los medios de comunicación juegan importante papel en la percepción que la sociedad tiene sobre la delincuencia ya está claro, pues forman la opinión pública, y son verdaderos agentes del control social no formalizado, pues reconocen y delimitan los problemas sociales, generando perspectivas y actitudes ante un conflicto⁴⁷.

Ahora bien, la construcción del riesgo está íntimamente relacionada con su propia percepción. Sin hablar que la información suministrada puede ser adecuada, o deformar la realidad, debiendo ser calibrada o rechazada, de acuerdo con su contenido⁴⁸.

manera muy sintética. Sin embargo, respecto a cualquiera de estos modelos, tomando la temática penal por objeto, no sería inusual encontrar “opiniones” desprovistas de contenidos fundamentados. Fácilmente identificamos juicios de cuño moral o tópicos reproducidos sin una reflexión crítica, sin información, sin contenidos. Ante tales circunstancias, ¿cómo queda el derecho ciudadano a la información? En este punto, como discutiremos en la siguiente sección, los medios de información tienen una importancia crucial, al atraer la atención sobre determinados procesos, al fomentar una percepción más o menos morbosa de los mismo y al sugerir elementos de análisis y de respuestas sociales ante fenómenos complejos”.

⁴⁷ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPCPC 07-16, 2005, p. 16: 2: “Los medios de comunicación, por consiguiente, permiten la información y la formación de la opinión pública. Han asumido la función de foros de exposición y debate de los principales problemas sociales: seleccionan los acontecimientos que se van a convertir en noticias (fijan qué es conflicto noticiable, cómo y con qué contenido debe ser presentado) y, a continuación, establecen las noticias que serán objeto de discusión social. Fomentan este debate a través de artículos de opinión y editoriales que presentan diversos enfoques y perspectivas de análisis y solución de un problema. Proponen medidas para solventarlo con la categoría de expertos. Los medios de comunicación son auténticos agentes de control social que reconocen y delimitan el «problema social» al mismo tiempo que generalizan enfoques, perspectivas y actitudes ante un conflicto”.

⁴⁸ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 47-48: “Ahora bien, estas tareas se pueden realizar más o menos bien; se puede suministrar información adecuada y opiniones calibradas, o bien la información puede deformar la realidad, se pueden presentar análisis erróneos sobre los orígenes y las motivaciones de la delincuencia, y se pueden avanzar propuestas erróneas, contraproducentes o incluso directamente rechazables”.

La visión acaba siendo muchas veces parcial, dependiendo de la propia percepción del comunicador e del ciudadano, destinatario de la comunicación, y ni siempre es verificable de manera práctica⁴⁹. De todas formas, el impacto que genera una noticia respecto determinados delitos no deja duda que muchas veces los medios acaban por determinar la agenda política, a través de la politización de los miembros de la sociedad que acaban por reclamar mayor protección normativa – redistribuyendo los riesgos a través de la participación pública⁵⁰ - en determinados hechos⁵¹.

La vinculación entre opinión pública y democracia es estrecha, y siendo los medios de comunicación un gran conductor de la construcción de la opinión pública (véase el ejemplo de “guerra contra las drogas” en EE.UU.)⁵², en sociedades donde los ciudadanos tienen asegurado el derecho de recibir

⁴⁹ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 16: 2: “Nuestro conocimiento de la realidad local, nacional, e internacional depende de su conversión en noticia 2. Los medios de comunicación también transmiten ideas. El conocimiento de las diferentes valoraciones de un acontecimiento y de las distintas propuestas de interrelación con el mismo depende de su inclusión en la noticia. Ello puede practicarse a través de los géneros de opinión (que en el caso más extremo pueden dar lugar al «periodismo ideológico» abiertamente al servicio de ideas e intereses de ciertos grupos de presión políticos, religiosos, etc.) o mediante aquellos otros que conjugan narración expositiva y descriptiva con juicios de valor (conocido como «periodismo de explicación»)3. De modo indirecto también se puede observar la presencia de unas evidentes premisas axiológicas en los procesos de elección/exclusión, tematización y jerarquización de la noticia”.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpresión de la segunda edición. Editorial IB de F. Buenos Aires, 2006, p. 29: “El problema, por tanto, no radica ya sólo en las decisiones humanas que generan los riesgos, sino también en las decisiones humanas que los distribuyen. Y si bien es cierto que son muchos los que propugnan la máxima participación pública en las correspondientes tomas de decisión, no lo es menos que, de momento, las mismas tienen lugar en un contexto de casi total opacidad”.

⁵¹ VARONA GOMEZ, Daniel, “Medios de comunicación y punitivismo”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 1/2011, Barcelona, p. 3: “La teoría del *agenda-setting* se atribuye a Maxwell MCCOMBS y Donald SHAW en su estudio de 1972 sobre el papel que los medios de comunicación tuvieron en la campaña presidencial de 1968 en Chapel Hill (Carolina del Norte). En dicho trabajo los investigadores comprobaron que los asuntos que los votantes consideraban prioritarios eran justamente aquéllos que los medios de comunicación habían previamente seleccionado y sobre los que habían volcado su actividad informadora”.

⁵² ROBERTS, Julian V., STALANS, Loretta J., INDEMAUR, David y HOUGH, Mike, *Populism and public opinion*, Lessons from five countries, Oxford University Press, New York, 2003, p. 145.

informaciones, las noticias sobre temas penales acaban teniendo un gran grado de influencia en la base democrática politizada de nuestra sociedad⁵³.

La repercusión y el eco de los medios de comunicación, en definitiva, tienen una transcendencia importante en el planteamiento de los problemas político-criminales. El camino recorrido entre la selección de los acontecimientos noticiados y la concreción en la Política criminal – especialmente simbólica, está claro y se ve reflejada en una legislación penal hiperinflada y punitivista^{54/55}.

Los efectos son especialmente perversos cuando hay una distorsión de la realidad, sobrestimando tanto la gravedad como la frecuencia de determinados acontecimientos criminales, generando una creencia en la sociedad de que también puede ser víctima del mismo delito, una vulnerabilidad⁵⁶, preocupación y un miedo al delito⁵⁷, consolidando la preocupación en la agenda política, y

⁵³ BOTELLA, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 64.

⁵⁴ SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-09, 2005, pp. 09: 1-46, p. 09: 3.

⁵⁵ VARONA GOMEZ, Daniel, “Medios de comunicación y punitivismo”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 2: “Los medios de comunicación se han convertido recientemente en protagonistas de los análisis de política criminal en nuestro país, ya que la doctrina española ha empezado a considerarlos como uno de los actores básicos dentro del proceso de deriva punitiva que nuestro sistema penal habría experimentado. Ésta es de hecho una línea de pensamiento claramente compartida en la literatura criminológica contemporánea.

Sin embargo, no parece existir acuerdo a la hora de definir cuál sea la “cuota de responsabilidad” que cabe atribuir a los medios en este proceso. Y, por otra parte, más allá de una genérica alusión al incremento de la sensación de inseguridad entre la población por el tratamiento sensacionalista y desproporcionado de la delincuencia, tampoco suele explicitarse el mecanismo o mecanismos a través de los cuales los medios de comunicación estarían contribuyendo a dicha deriva punitiva. El objetivo de este trabajo es tratar de clarificar esta cuestión, analizando las técnicas concretas a través de las cuales los medios de comunicación consiguen tener una incidencia directa en la evolución de la política criminal española. Como veremos estos mecanismos son básicamente dos: el fenómeno de la “agenda setting” (tematización de la agenda) y la técnica del “framing” (encuadre noticioso)”.

⁵⁶ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 27.

⁵⁷ SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-09, 2005, pp. 09: 1-46, pp. 09: 4-5.

llevando la cuestión a la Política criminal⁵⁸, a través de la politización de los individuos, especialmente cuando organizados en grupos de presión^{59/60}.

Para fundamentar las distorsiones vehiculadas por los *mass media* están las estadísticas, encuestas preparadas con finalidades objetivas, o interpretadas de forma que favorezca una impresión sensacionalista de sus mensajes, también contribuyendo aún más para la inclusión de los hechos seleccionados en la agenda pública, a través de la instrumentalización de la opinión pública⁶¹.

Pero no debemos creer equivocadamente que los ecos de la politización del discurso punitivista transmitido por los medios de comunicación, y formando

⁵⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Discursos mediáticos y reformas penales de 2003*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 154: “Pero una vez situados en este nivel, es cierto que – como política pública – la política criminal no sólo se diseña y pone en práctica mediante la elaboración de leyes, sino también a través de un espectro más amplio de intervenciones sociales dirigidas a la prevención y tratamiento de la criminalidad, o a sectores institucionales (política policial, judicial, penitenciaria). En el capítulo que aquí iniciamos, centrado exclusivamente en reformas de las leyes penales, no podemos ignorar que la política criminal, en su acepción más amplia, debería incluir también medidas de política social que no necesariamente se reflejan en normas con rango de ley. Con todo, es cierto que las grandes líneas de la política criminal se plasman en el nivel legislativo y no sólo por exigencia de rango normativo, sino porque las definiciones legales son la expresión por excelencia de la concepción que se mantiene sobre el derecho penal. De ahí la importancia de estudiar la incidencia de actores como los medios de comunicación”.

⁵⁹ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 16: 3 y ss.

⁶⁰ SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-09, 2005, pp. 09: 1-46, p. 09: 3 y ss.

⁶¹ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 16: 9: “Al servicio de esta distorsión informativa se encuentran las estadísticas: las encuestas a veces son preparadas y realizadas sin fiabilidad objetiva, en otras ocasiones simplemente son interpretadas por los mass media de forma que favorezca la impresión de veracidad de sus mensajes. A modo de ejemplo, es normal leer en los periódicos o en los informativos que cada X minutos tiene lugar un delito. Ahora bien, nos hallamos ante una generalización del «riesgo de victimación» que no está empíricamente autorizada. Si en vez de dividir la cantidad anual de delitos cometidos entre los minutos del año se hace entre el número total de habitantes de una determinada zona, el cociente resultante indica que la probabilidad que tiene cada individuo de ser víctima de un delito es inferior al 1%. Según los datos manejados por ALBRECHT (186.000 delitos violentos registrados en 1997 en Alemania y una población de 82 millones de habitantes) un sujeto sufrirá uno de estos delitos con absoluta certeza cada 454 años (100%). Si se incluyen los delitos no registrados (2/3 más = 492.852 en total) el riesgo de ser víctima no supera todavía el 1% y el número de años necesarios para alcanzar el 100% se reduce a 167”.

la opinión pública, solo llegan al Poder legislativo⁶². Piden también al Poder judicial una aplicación dura de la ley, lo que también es parte de la concreción de la Política criminal del Estado, con rasgos especialmente populistas y demagógicos⁶³.

Nos parece muy claro que los medios de comunicación de masas son uno de los mecanismos de control social informal más influyentes en la actualidad. Existen otros, como la familia, la escuela, la religión, la comunidad, que modelan el comportamiento social del individuo y son más o menos conminatorios⁶⁴, pero en nuestra era el disciplinamiento social es ejercido de manera extremadamente importante por la comunicación⁶⁵. Ahora se transforman en interlocutores para la concreción del control social formal – el Derecho punitivo⁶⁶.

⁶² CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 18: “Las preocupaciones locales por la seguridad ciudadana – centradas casi exclusivamente en el riesgo de ser víctima de la delincuencia predativa y la violencia interpersonal – han copado, en las dos últimas décadas, los primeros puestos en las encuestas de opinión sobre las cuestiones que más preocupan a la opinión pública y han obtenido el tratamiento más espectacular en los medios de comunicación y, por consiguiente, también la prioridad en las agendas políticas de los gobiernos, ya sean estatales, regionales o locales”.

⁶³ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 16: 7: “A continuación se plantea la existencia de sensaciones populares de desprotección e inseguridad que se apoyan en encuestas oficiales o en las directamente realizadas por los medios de masas. Seguidamente los medios nos presentan voces que, a la vista de lo anterior, llegan a pedir al poder legislativo y ejecutivo la intervención penal como medida adecuada, a sugerir la manera como se tiene que legislar penalmente, a solicitar al poder judicial una determinada forma de aplicación de las leyes penales existentes”.

⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 25: “Las respuestas al estado peligroso tienden a someter al individuo a las normas del grupo social con procedimientos más o menos conminatorios: la educación familiar, la escuela, el medio profesional o el entorno social constituyen un verdadero control social ejercido por la comunidad o por el Estado. (...) De la misma manera se desarrollan hoy las diversas reacciones antes mencionadas, de la simple hostilidad de los vecinos se pasa a un control social establecido por el Estado y que deja entrever, mediante el encierro del individuo que se considera peligroso, el horizonte del ‘goulag’”.

⁶⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, pp. 135.

⁶⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 137: “El Derecho en general y el Derecho Penal en particular, se configuran socialmente como medios de control, de socialización de los individuos, incardinados dentro de una determinada Sociedad que posee unas concretas instituciones de dirección social. De esas instituciones de dirección social, existen unas informales, que pertenecen a la Sociedad, que coadyuvan a que los individuos durante su proceso de socialización vayan adquiriendo e interiorizando dichas pautas de comportamiento. Entre ellas están la familia, la escuela, la religión, etc. Es decir, al interior de

Ahora bien, fijar la agenda pública⁶⁷ es elemento central para el desarrollo de políticas sociales⁶⁸, tanto que, en nuestros procesos legislativos, hay una pauta a ser seguida para el análisis de leyes y concreciones de políticas⁶⁹ – aunque el Poder Legislativo, principal responsable por la creación de normas penales, pasa por una grande crisis como ente representante de la soberanía popular, especialmente debido a la crisis de representatividad de los partidos políticos⁷⁰.

El proceso legislativo representa el nexo entre las políticas y el mensaje político⁷¹, por eso la avidez que muchos problemas que tratan de temas penales – difíciles de abordar⁷² – acaban recibiendo un tratamiento mucho menos

estas instituciones se establecen reglas o normas sociales que los ciudadanos deben cumplir, cuyo incumplimiento puede acarrear una sanción la realiza el legislador designando una conducta como delito e imponiendo una pena”.

⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, Universidad Oberta de Catalunya, pp. 26-30, p. 29: “Este último aspecto es el que aquí nos interesa y nos remite al análisis de cómo los medios actúan en el proceso de *agenda-setting*, como formadores de opiniones públicas que determinan el penal *policy-making process*. Lo que se quiere señalar con ello es que el poder de los medios se manifiesta a la hora de decidir qué informaciones son ofrecidas al público en detrimento de otras, fijando prioridades en los temas de relevancia pública

⁶⁸ ROBERTS, Julian V., STALANS, Loretta J., INDEMAUR, David y HOUGH, Mike, *Populism and public opinion*, Lessons from five countries, op. cit., p. 81: “It is clear that the various imperatives and constraints governing the output of the media ensure that the accurate portrayal of crime or the criminal justice system is low on the list of media priorities. Furthermore, it is the operation of these imperatives, considerations, or constraints that results in the particular complexion of crime news displayed in the media. It is therefore important to the understand that if public policy is based on public opinion, that opinion is conditioned by media output. Of course, public opinion is not entirely the product of the media; this suggests the media have an entirely free hand to construct opinion about crime and punishment. Media operatives are subject to the constraints and demands of their industry in competing for public attention. However, in the way that they respond to these demands, certain implicit ‘rules’ have developed and it is useful to understand these. The rules are important not only because of their effect on public opinion, but also (as we shall see in the next section) because media depictions fulfill a more direct role in setting the public agenda and structuring debates on crime and punishment. It is useful, therefore, to consider some of these rules, values or imperatives and their effects on perception of crime”.

⁶⁹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, p. 255 y ss.

⁷⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., pp. 144-145.

⁷¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo GALLEGO ANABITARTE, op. cit., p. 255 y ss.

⁷² ROBERTS, Julian V., STALANS, Loretta J., INDEMAUR, David y HOUGH, Mike, *Populism and public opinion*, Lessons from five countries, op. cit., p. 180.

cuidadoso que deberían⁷³, por la velocidad que la sociedad requiere respuestas, y los políticos acaban por tener una acción inmediata, simplemente lanzando un mensaje tranquilizador con efectos simbólicos⁷⁴, sin concretar la solución a largo plazo del problema⁷⁵. El proceso es claramente acelerado por los medios de comunicación, ávidos por noticias, donde generan un “clima de opinión” en el debate penal⁷⁶ - la agenda política, en todo el mundo, está dominada por la obsesión por la inseguridad⁷⁷.

El sensacionalismo y la noticia tendenciosa poseen, así, un rasgo tremendamente perverso⁷⁸, especialmente cuando vemos que además son lucrativas a las empresas de comunicación⁷⁹. El fenómeno, de manera general,

⁷³ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., pp. 78-79: “Esta reacción populista, casi inevitablemente, también está politizada. Es decir, las medidas adoptadas desde esta perspectiva tienden más a reaccionar, con actuaciones oportunistas, antes las expresiones atemorizadas y punitivas de la opinión pública que a responder a situaciones conflictivas que requieren tratamientos expertos, profundos y sostenidos.

Así pues, el populismo punitivo se desentiende tanto de los investigadores como de las élites profesionales de la justicia penal y busca el apoyo de la opinión pública y, en particular, de los medios de comunicación. De manera que esas políticas públicas son formuladas cada vez más por asesores políticos que por expertos y en contextos de elaboración de estrategias partidarias orientadas a objetivos electorales”.

⁷⁴ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 78: “Ya sea a través del endurecimiento de las penas, las restricciones a la libertad condicional, las prisiones de alta seguridad, la permisibilidad ante determinadas modalidades de malos tratos o incluso tortura, el restablecimiento de la pena de muerte o de las ejecuciones efectivas de las penas capitales o las políticas policiales de ‘tolerancia cero’, este giro punitivo no sólo constituye una reafirmación simbólica del poder estatal en el campo del control del delito y la justicia penal, sino también un vehículo de expresión (justicia expresiva) del deseo de venganza de una audiencia que necesita descargar sus tensiones y, a su vez, experimentar una sensación momentánea de unidad frente al delito y la inseguridad (efecto del chivo expiatorio)”.

⁷⁵ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., pp. 39-41.

⁷⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Discursos mediáticos y reformas penales de 2003*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 155.

⁷⁷ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 17: “Casi inevitablemente, por lo tanto, la inseguridad y su correlato – la obsesión por la seguridad – acaban monopolizando la agenda política mundial tanto como la de los Estados y, progresivamente también, la de los gobiernos locales”.

⁷⁸ VARONA GOMEZ, Daniel, “Medios de comunicación y punitivismo”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., pp. 23-24.

⁷⁹ VARONA GOMEZ, Daniel, “Medios de comunicación y punitivismo”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 18 y ss.

acaba siendo altamente contraproducente⁸⁰, especialmente al fijar en la agenda político-criminal⁸¹ una realidad distorsionada⁸². Por otro lado, tenemos que dejar claro el respecto para con las garantías constitucionales de libre información y discusión⁸³.

Sería interesante haber mecanismos que podrían analizar algunos de los hechos noticiados, y verificar su grado de distorsión de la realidad, así como sus eventuales intenciones de fijar ideas preconcebidas en la opinión pública y en los poderes públicos oficiales⁸⁴.

⁸⁰ FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., pp. 16: 17-18 “AIERBE (2002) en el seguimiento que realiza de los periódicos El País y El Mundo durante el primer semestre de 2002 aprecia cómo la mayoría de los titulares establecen una relación entre «inmigración» y «delincuencia». RECHEA/FERNÁNDEZ/BENÍTEZ señalan que durante el periodo 1995-2004 la cuarta categoría de noticias más numerosa (de un total de 13) en los medios de prensa estudiados fue la «inmigración» como factor productor de delincuencia o inseguridad ciudadana (180 noticias, 11,3%). MUÑOZ/IGARTUA (2004), en su estudio sobre las informaciones publicadas en los diarios El País, El Mundo, ABC y La Razón, y en cadenas de televisión TVE1, La 2, Antena 3, Canal + y Tele5, durante una semana del mes de junio de 2001, también aprecian «cómo los medios de comunicación siguen estrategias discursivas tendentes a establecer una correlación ilusoria entre inmigración y fenómenos negativos y contraproducentes para la sociedad española» (46,7% de la información)”.

⁸¹ FOCÁS, Brenda, “Inseguridad:” En busca del rol de los medios de comunicación, *La Trama de la Comunicación*, Vol. 17, enero a diciembre de 2013, pp. 163-174, p. 170.

⁸² SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., pp. 09: 1-46, p. 09: 16.

⁸³ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Principios orientadores del constitucionalismo social*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 175: “Derecho a la libertad de expresión: Se encuentra reconocido en el art. 19.2 del Pacto Internacional. Su ubicación hace pensar que, en realidad, se trata de una consecuencia de la disposición contenida en el n.º 1 del mismo precepto, que establece que «nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones». Según dispone el art. 19, el derecho a la libertad de expresión supone el ejercicio y disfrute de varias libertades individuales: la de «buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección». A pesar de este amplio reconocimiento, en el apartado 3 del art. 19, y tras establecerse que el ejercicio de estos derechos entraña «deberes y responsabilidades especiales», se consignan ciertas limitaciones al mismo: a) «para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás»; b) «para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». Estas posibles limitaciones al derecho a la libertad de expresión han de estar, «sin embargo, fijadas por la ley»”.

⁸⁴ SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., pp. 09: 1-46, p. 09: 11: “El modo de presentación de las noticias es uno de los factores más influyentes en la percepción individual de la delincuencia, pues la gran mayoría de los lectores sólo dispone cada

A nosotros nos parece imposible que los medios no sean interlocutores de la Política criminal, y tampoco se debe pensar en limitar el Derecho a la información, extremadamente importante para la concreción de la democracia^{85/86}. Pero su influencia debe ser responsable⁸⁷, y más responsable aún deben ser la conducta de los actores oficiales de la Política criminal del Estado (los especialistas, agentes públicos, agentes de la estructura administrativa del Estado, legisladores y jueces), que deben tener condición de filtrar la influencia de los medios y de la opinión pública para conducir una Política criminal racional y proporcional.

día de tiempo suficiente para ojear el periódico, fijando su vista, ante todo, en los titulares y en las ilustraciones de acompañamiento”.

⁸⁵ SANZ MULAS, Nieves, *Justicia y medios de comunicación: Un conflicto permanente*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 5.

⁸⁶ SANZ MULAS, Nieves, *Justicia y medios de comunicación: Un conflicto permanente*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 6: “En definitiva, y así lo afirma la doctrina, puede aseverarse que la libertad de expresión e información incidente en el ámbito público, aquella que contribuye a la libre formación de la opinión pública, ha de ocupar una posición prevalente entre los derechos y libertades de la persona, y por supuesto siempre que sea veraz. Porque la base fundamental de un Estado democrático, que implica la participación de los ciudadanos en la vida política y social, es la existencia de una opinión pública libremente formada. Sin libre información de la opinión pública no hay democracia. Y consubstancial a esa libre formación es una expresión e información que ocupen un lugar preeminente entre los derechos fundamentales”.

⁸⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki, NICOLÁS LAZO, Gemma, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas, op. cit., p. 241: “Como la percepción del riesgo nunca es objetiva, sino que es un concepto social y culturalmente construido (Chan y Rigakos 2002: 756), el papel de los medios de comunicación para crear una opinión pública temerosa de la delincuencia es de vital importancia en el desarrollo de un sistema de justicia penal basado en principios actuariales o *manageriales* (Fionda 2000: 112-114). Los medios parecen tener interés en presentar el delito como si de una «amenaza social» se tratara. La manipulación que se lleva a cabo a través de los *mass media* respecto a los riesgos de ser víctima de un delito explicaría cómo la ciudadanía, incluso las clases más humildes, reclama muchas veces más represión y más sistema penal”.

III.- El empobrecimiento del debate político-criminal, sus causas y efectos

El debate político-criminal de la actualidad tiene como uno de los argumentos más frecuentes el reproche que el legislador se sirve para producir efectos simbólicos en la sociedad. La descalificación de decisiones legislativas, en general criminalizadoras o con la idea de endurecimiento punitivo y la búsqueda por elementos de justificación a esas tomas de posición⁸⁸.

El protagonismo creciente de los medios de comunicación, que hemos visto, torna ese el contexto de la discusión pública sobre los problemas sociales más relevantes, sin que haya un previo debate mediado por especialistas, tornando los medios de comunicación los verdaderos conductores de la moral y control social de la actualidad⁸⁹.

La decisión legislativa penal debe ser racional, y elaborarse atendiendo datos relevantes de la realidad social y jurídica. Aunque los medios de comunicación sean grandes interlocutores de esa realidad, cuando reflejan una realidad distorsionada, no colaboran para las contingencias políticas necesarias al proceder técnico-legislativo. No estamos hablando aquí de una neutralidad técnica plena, que ocultarían una realidad operacional y conceptual, pero la aportación de contenidos debe ser basadas en la realidad social verdadera⁹⁰.

⁸⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 1.

⁸⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 1.

⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Espagrafic, 1989, pp. 37-38: “Si antes he sostenido que una decisión legislativa penal racional debe elaborarse atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica con la que interactúa, no puedo compartir formulaciones reducidas de la racionalidad legislativa como las acabadas de recoger. Los partidarios de limitarse a una racionalidad técnicojurídica parecen buscar un campo de actuación alejado de las contingencias políticas, mucho más difíciles de afrontar racionalmente. Sin embargo, los contenidos éticos y estratégicos del debate político no se pueden eludir en fases más técnicas del proceder legislativo, en las que influyen de manera decisiva; pretensiones de neutralidad técnica ocultan una realidad operacional y conceptual en la que se produce una constante aportación de

En cuanto al centro del debate actual respecto la legitimidad del Derecho penal, ese viene constituido, especialmente, de temas respecto los fines de la pena⁹¹ – no se discute las estructuras básicas de los contenidos de tutela, sino la naturaleza de los efectos y la reducción de los contenidos a legitimar la pena, a través de una reconducción de los planteamientos retributivos, haciendo un giro hacia cuestiones de eficacia y pragmática. La idea de la discusión actual en el ámbito legislativo es verificar qué efectos son los más adecuados para asegurar la aplicación de la pena⁹².

Como ya hemos dicho, la introducción de la víctima del delito en la escena pública ya es reconocido y, aunque sea importante, puede ser instrumentalizado y adquirir una incidencia especial en el discurso político-criminal^{93/94}, contribuyendo para la crisis del pensamiento resocializador⁹⁵, ya que puede conducir a la retórica emotiva y populista.

contenidos procedentes de niveles de racionalidad más plurales que los señalados; su desconsideración o el intento de establecer una solución de continuidad entre unos niveles u otros da una visión incompleta y por ello inexacta de lo que es un procedimiento legislativo racional. Por otra parte, como tendremos ocasión de ver, las mismas racionalidades lingüística y jurídicoformal precisan de un fundamento o apoyo ético, cuando menos, para poderse activar”.

⁹¹ GIUNTA, Fausto, *¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la Política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., pp. 173-174.

⁹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Espagrafic, 1989, pp. 56-57.

⁹³ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1, Barcelona, 2013, p. 3.

⁹⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 241-242: “Como consecuencia de estos usos, la figura simbólica de la víctima ha cobrado vida propia y juega un papel clave en el debate político y en la argumentación en torno a las políticas públicas. Ya no se representa a la víctima del delito como un ciudadano desafortunado que ha sido objeto directo de un daño producido por el delito. Sus intereses ya no se incluyen dentro del «interés público», que guía la persecución y las decisiones penales. En cambio, la víctima del delito es ahora, en cierto sentido, un personaje representativo cuya experiencia se supone común y colectiva, en lugar de individual y atípica. El sufrimiento de la víctima (frecuentemente una mujer) se representa con el lenguaje inmediato y personalizado de los medios masivos de comunicación y se dirige directamente a los miedos y

La realidad es compleja y no hay solamente una dinámica de causa. Algunos entienden el protagonismo de las víctimas como manifestación del conservadurismo político-criminal, especialmente con su participación en los debates norteamericanos a partir de los años ochenta, en el contexto de la crisis del modelo rehabilitador, y el protagonismo de las políticas de “ley y orden”, haciendo retroceder algunas garantías de los acusados⁹⁶, lo que supone un altísimo riesgo para la racionalidad del debate político-criminal en la actualidad⁹⁷.

Hay que resaltarse que la Victimología tiene aportes importantes en el debate político-criminal⁹⁸, solo hay que tener cuidado con el empobrecimiento de

la ira de los espectadores, produciendo efectos de identificación y reforzamiento que luego son usados política y comercialmente”.

⁹⁵ GARCÍA ARAN, Mercedes, *Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias?*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 191: “En ambas características pueden identificarse fácilmente dos de las grandes líneas del debate político criminal actual: la introducción de la víctima en el conflicto penal tradicionalmente planteado sólo con el Estado y la crisis -ya antigua- del pensamiento resocializador”.

⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., pp. 3-4.

⁹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 9: “La idea de víctima aparece así asociada a la imagen de los vencidos, aquellos que han permanecido fuera de la historia, escrita por los vencedores. La historia de los vencidos emerge como la cara oculta de la realidad y como reparación de un olvido y una injusticia histórica²⁴, pues la invisibilidad de las víctimas es una consecuencia de las dinámicas del poder y de un orden social en que el miedo ha predominado sobre la compasión. Ante ello, la revelación del sufrimiento de las víctimas supone un cambio trascendental, que permite asentar la justicia sobre la conciencia de la injusticia y la lucha contra ésta. Pero erigir la victimidad en fuente de legitimación puede llevar al abuso. Aceptar la legitimación por el sufrimiento supone un alto riesgo para la racionalidad del debate político-criminal, si se cae en la tentación de conceder menor validez o credibilidad a una propuesta o argumento por el hecho de haber sido planteados por alguien que no ha sufrido, asumiendo que la víctima es un actor cualificado. En todo caso, debemos recordar que el poder siempre ha buscado legitimidad utilizando las víctimas “propias” y olvidando o negando las “ajenas”. La novedad histórica y el valor del (re)surgimiento de las víctimas en el espacio público, con sus paradojas, riesgos y patologías, estaría en que los procesos de visibilización, reconocimiento e identificación se producirían según las reglas de juego de un sistema democrático y de modo plural y participativo”.

⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro*, Hacia un Sistema penal de alternativas, PPU, Barcelona, 1993, pp. 99-100: “Estas dificultades son como observa Duff (1988: 149) producto del intento de integrar a la víctima en un sistema que está fundamentalmente basado en la relación entre delincuente y el Estado, por ello la

ese debate, que puede generar un excesivo protagonismo de las víctimas, y a la posibilidad de pérdida de la racionalidad en la conducción de la Política criminal⁹⁹.

Ahora bien, es una paradoja interesante lo que pasa en el debate político-criminal actual: aunque la delincuencia y la respuesta social e institucional se han convertido en un tema de destaque en los medios de comunicación y opinión pública, y hay gran relevancia del tema en los pronunciamientos públicos, el debate carece de seriedad y no es riguroso técnicamente¹⁰⁰, especialmente en cuanto a la reacción social (pena). Eso no es algo que se pueda atribuir únicamente a las víctimas, ya que es legítimo que tengan sentimientos emotivos, una orientación hacia la “venganza” o a instrumentos de satisfacción de sus intereses, lo que es preocupante es la instrumentalización del debate cuanto al impulso punitivo que tengan las víctimas¹⁰¹.

Entendemos con GARLAND que el cambio de paradigmas y el empobrecimiento del debate político-criminal se inició con el colapso del ideal rehabilitador del Estado del bienestar, especialmente iniciado en Estados Unidos y que cruzó el Atlántico en dirección a Europa, y el surgimiento de políticas “ley

discusión de estas dificultades no debieran hurtar el verdadero debate: ¿Puede "civilizarse" el derecho penal? ¿Puede transformarse el derecho penal en un derecho orientado fundamentalmente a dar satisfacción a la víctima, a conseguir un acuerdo entre la víctima y el infractor, a conseguir una solución del conflicto?”.

⁹⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, op. cit., p. 25 y ss.

¹⁰⁰ MEDINA, Juanjo, “Criminología y política criminal: la necesidad de un foro de discusión”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, REIC, Int-03, 2003, pp. 1-10, p. 1 y ss.

¹⁰¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Política criminal con bases empíricas en España”, *Polít. Crim.*, nº 3, 2007. A8, pp. 1-16, p. 15: “Entre otras aportaciones, el desarrollo de un espacio de racionalidad desde la victimología puede desempeñar un importante papel de contención de las demandas de penalización que puedan surgir desde ciertos sectores de víctimas. La puesta en la escena del debate políticocriminal de la satisfacción de instintos de venganza no es algo que pueda precisamente atribuirse a la victimología, pues es más propio de aquellas concepciones de signo retribucionista que, bajo una u otra argumentación, ven en la pena un “equivalente funcional” de la venganza o un mecanismo capaz de “compensar” el daño causado a la víctima y de sublimar las ansias de venganza de ésta y es precisamente frente a la ideología retributiva que se ha teorizado y desarrollado una “justicia reparadora” de orientación victimológica”.

y orden”¹⁰². Quizás la contextualización ideal del debate sobre los rasgos político-criminales actuales viene desarrollada desde el confronto entre los propósitos del Estado del bienestar y el Estado neoliberal, especialmente en cuanto a las personas desfavorecidas, en un contexto de exclusión o inclusión social¹⁰³.

Algunos indicadores de este cambio de paradigmas hacia el empobrecimiento del debate son: el propio declive del ideal de la rehabilitación; el resurgimiento de sanciones punitivas duras; el cambio en el tono emocional de la política criminal, a que ya nos referimos algunas veces; el resurgimiento de la víctima¹⁰⁴, a que también ya nos referimos; el sentimiento de necesidad de protección del público; el redescubrimiento de la prisión y del componente aflictivo de la pena; y especialmente la politización, y el nuevo populismo surgido en el contexto de la “lucha” contra el delito¹⁰⁵.

En cuanto a ese último rasgo, la politización y las políticas populistas, está claro que existe una corriente en la Política criminal que denigra los expertos¹⁰⁶ y defiende la autoridad de “la gente politizada e informada”. Hay un claro sentido

¹⁰² GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 31 y ss.

¹⁰³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-12, 2011, p. 12: 10.

¹⁰⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 77-78.

¹⁰⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 39 y ss.

¹⁰⁶ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 85: “Esta confianza en los expertos profesionales se extendía también al proceso de elaboración de las políticas públicas. Las modificaciones en el derecho penal, la creación de nuevas sanciones, la reforma de los regímenes institucionales, la creación de mecanismos de liberación anticipada, todo esto fue, en gran medida, obra de funcionarios públicos de alto rango y asesores expertos bastante alejados del debate público y de los titulares de los medios de comunicación. En la medida en que se evitaran escándalos, fugas y motines, la interferencia política en el funcionamiento cotidiano del sistema era mínima, así como también el involucramiento del público en general o de sus representantes políticos en la mayoría de las iniciativas políticas que caracterizaron el período. El enfoque bipartidista que los principales partidos políticos adoptaron y la idea de que la política penal y el control del delito eran en gran medida cuestiones técnicas, que debían ser delegadas en los profesionales y operadores, eran otras expresiones de la confianza y credibilidad de la que entonces gozaban estos grupos profesionales”.

en comprender que el hecho de que vivimos la era de información torna la gente automáticamente informada de manera suficiente a comprender un tema extremadamente complejo y delicado, degradando la importancia de la investigación y el conocimiento criminológico, sustituyendo los expertos por “el sentido común”¹⁰⁷.

Ese hecho ha transformado la estructura misma de las relaciones políticas que fundamentan la conducción de las políticas públicas en materia del control del delito. Siendo un tema de fuertes rasgos electorales, los legisladores tienen por prioridad intervenir de manera directa, calculando lo que pueden ganar electoralmente en el corto plazo, lo que se concreta en la Política criminal y decisiones administrativas puramente simbólicas. Eso no ha contribuido para polarizar el debate, sino empobrecerlo en una convergencia de propuestas en torno del endurecimiento punitivo¹⁰⁸.

En definitiva, hay un manejo excluyente del debate político-criminal contemporáneo. De hecho, hay una mayor pluralidad de puntos de vista, que podría haber creado un espacio para una discusión interesante y que agregara ideas, pero lo que se ve es que algunos agentes sociales (especialmente la opinión pública “politizada”, los políticos oportunistas, los medios de comunicación, etc.) instrumentalizan las cuestiones de Política criminal, creando un distanciamiento de la realidad¹⁰⁹.

¹⁰⁷ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 49: “Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público. Hace unas cuantas décadas, la opinión pública funcionaba como un ocasional freno de las iniciativas políticas; ahora opera como su fuente privilegiada. Se degrada la importancia de la investigación y el conocimiento criminológicos y en su lugar existe una nueva deferencia hacia la voz de la «experiencia», del «sentido común», de «lo que todos saben»”.

¹⁰⁸ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., pp. 49-50.

¹⁰⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 82: “El segundo rasgo se enuncia con facilidad: el manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate politicocriminal, ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente

Según DIEZ RIPOLLÉS, “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 más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas político-criminales, que a algunos de ellos se supone la pérdida de su identidad ideológica”¹¹⁰.

El empobrecimiento del debate político-criminal contemporáneo tiene fuertes consecuencias en la concreción de las Políticas criminales¹¹¹. Además de los rasgos populistas y emocionales del discurso oficial en cuanto al combate de la criminalidad, y el manejo del Derecho penal con contenido únicamente simbólico, la velocidad con que son tomadas las decisiones político-criminales produce normas inocuas, vacías, contradictorias¹¹².

Las demandas sociales acaban teniendo un trámite acelerado en el legislativo, omitiendo fases procedimentales importantes de la toma de decisión legislativa, creando una urgencia que acaba por ocultar puntos necesarios al debate, faltando el pleno consenso social necesario al suministro de decisiones de

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”.

¹¹⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 82.

¹¹¹ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 19: “Hasta el punto de que, en la práctica, el llamado problema de la inseguridad ciudadana se ha convertido en uno de los recursos, cuando no en el principal, más usados – sin excluir la demagogia más descarnada – en las batallas políticas (por los votos) y mediáticas (por las audiencias). De manera que se hace difícil, cuando no simplemente imposible, el debate informado y sereno sobre las dimensiones del problema, sus causas y, sobre todo, las soluciones realmente disponibles. Los efectos de esta carencia injustificable, lejos de constituir una simple anomalía técnica, adquieren una relevancia política colosal”.

¹¹² CURBET, Jaume, *La glocalización de la (in)seguridad*, Plural Editores, Madrid, 2006, p. 39: “Sin embargo, la prisa por prescribir antes de diagnosticar ha producido graves dificultades para que surgieran los medios necesarios para su análisis sistemático. De resultas, el debate público se ha visto saturado por un estrépito de prescripciones normativas contradictorias sin que nadie se preocupara de conceder demasiado espacio al análisis”.

esa naturaleza¹¹³. Además, el debate parlamentario acaba eludido por la adopción de decisiones urgentes y la relación inmediata con la opinión pública – a los políticos, muchas veces – interesa la manutención de la alarma colectiva para que sus medidas sean aún más populares y tengan mejor acogida¹¹⁴.

Está claro que el desarrollo del conocimiento de la criminalidad y de una Política criminal anclada en bases empíricas tendría un efecto de reducir el ámbito ideológico de las tomas de decisión, bien como reduciría también el contexto emotivo del discurso político-criminal actual. Pero el conocimiento viene perdiendo terreno por las creencias generales, no empíricas. Falta debate, y cuando hay debate, este es empobrecido por prejuicios, ideas pre-concebidas o prisa en la toma de decisión. La Política criminal debería moverse en el plano de lo real y de lo racional¹¹⁵.

¹¹³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., pp. 80-81: “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 consenso social, p 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 directa suministra

¹¹⁴ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 93: “Los partidos políticos pretenden ser populares y evitar tomar decisiones político-criminales que posteriormente sean rechazadas por la sociedad. Frente a las prácticas tradicionales en política legislativa penal, los políticos cuentan cada vez con más asiduidad con la opinión de las víctimas, en la creencia de que sus políticas serán de este modo más populares y mejor acogidas. Las consecuencias evidentes de irreflexión y oportunismo a la hora de aprobar leyes penales son ya una realidad casi cotidiana. Los políticos pretenden eludir incluso el debate parlamentario, que puede retrasar la adopción de decisiones urgentes para solucionar un problema que crea alarma social. Ello permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediatista entre las demandas populares y la elaboración de las leyes penales y beneficiarse, en último término, de ello en las urnas”.

¹¹⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 12: “A caballo entre la racionalidad axiológica y funcional se desarrolla la política criminal en su doble dimensión descriptivo-analítica y crítica. La descripción y análisis del derecho vigente debe buscar elementos de comparación entre el derecho escrito (*law in the*

Así, hay que reconducir los expertos al debate político-criminal¹¹⁶. La apertura a su participación tendría un impacto en la creación de redes de conocimiento – formales e informales – surtiendo efectos prácticos en la Política criminal, reduciendo el riesgo de alejamiento a la realidad y creando ambiente propicio al desarrollo racional de las políticas públicas¹¹⁷.

IV.- La seguridad ciudadana y sus efectos en el control social

El modelo de intervención social jurídico-penal es la vertiente más enérgica de los medios de control social¹¹⁸ del Estado¹¹⁹ (o formalizados¹²⁰ – por

books) y el derecho vivo (*law in action*), el que resulta efectivamente aplicado en la práctica por los diversos actores del sistema. En este sentido, necesariamente la política criminal debe moverse entre el plano de lo real y de lo racional, pues en la confrontación entre ambos se percibe la utilidad de su aportación”.

¹¹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 172-173: “No es extraño que una de las posturas más consecuentes al respecto haya surgido en Estados Unidos, donde el condicionamiento de la legislación penal por la plebe y los medios es especialmente marcado. Zimring-Hawkins-Kamin y Garland han destacado la configuración populista de la política criminal que se ha asentado en los Estados Unidos y, en menor medida, en Gran Bretaña: la política criminal, en sus diferentes planos de creación del derecho, aplicación judicial y ejecución penal, ha dejado de ser considerada una ciencia social desarrollada por expertos, para convertirse en una materia cuyos contenidos son directamente sometidos a la consideración popular. A partir de la confluencia de muy diversos factores que ahora no nos podemos entretener en analizar, se ha producido la eliminación de fases intermedias expertas a la hora de tomar decisiones politicocriminales, de modo que éstas resultan de la interrelación, por un lado, de grupos de presión de víctimas y colectivos simpatizantes de ellas, o de los medios de comunicación y, por otro lado, de gobernantes y parlamentarios que han descubierto tanto la desconfianza popular hacia los expertos como las ganancias políticas que derivan de atender sin mediaciones a las demandas mediáticas o populistas. Eso ha fomentado la promulgación inmodificada de iniciativas legislativas populares, la privación a los jueces de casi todo su arbitrio a la hora de la imposición de la pena, y la desposesión de cualesquiera facultades discrecionales a los encargados del régimen de cumplimiento de las penas. Las consecuencias de todo ello se pueden resumir en un desmesurado uso del control social jurídico-penal, cuya intensidad se revela, además de ilegítima, innecesaria”.

¹¹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, op. cit., p. 19: “Quizás las cosas se ven de un modo distinto si se piensa más en una dinámica de interacción que en términos dicotómicos. La apertura a la participación de expertos tiene un impacto en la creación de redes informales de conocimiento, que acaba surtiendo efectos en la política criminal real, y la participación de colectivos ciudadanos en el debate político-criminal puede reducir el riesgo de alejamiento de los expertos de la realidad social”.

¹¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 138-139: “El Derecho penal constituye, para estas

el Derecho), por tanto, el Derecho penal es el último mecanismo de ese control social que debe ser utilizado por el Estado^{121/122}, y se justifica por su eficacia en la neutralización de conductas socialmente (y especialmente) perturbadoras, conllevando el empleo de penas¹²³.

La legitimación de ese sistema ajustase, necesariamente, a los límites de afección a los planes de vida individuales y a las condiciones de aceptación del contrato social. Si no hay esa adaptación, ignorando tales contenidos, estaría deslegitimado automáticamente¹²⁴. No hay como prescindir de un control social: el cuidado debe ser en cuanto a la forma como es ejercido, especialmente al control social informal, diario, sin observadores, espontáneo, intuitivo. Por eso la necesidad de formalizar los controles sociales – especialmente los más enérgicos, por el Derecho¹²⁵.

Así, los efectos de la pena estarían condicionados de modo directo con la propia protección social, guardando relación próxima con la necesidad de

posiciones doctrinales sobre una perspectiva unilateral de la cuestión criminal, un sistema de control social primario y formalizado, que se integra en el total sistema de control social: el control social penal sólo sería una mínima parte de ese control social general, aunque la función social del Derecho penal es insustituible”.

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Francisco MUÑOZ CONDE, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 103 y ss.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, op. cit., p. 97.

¹²¹ PALAZZO, Francesco, *Conclusiones finales*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 308.

¹²² ROXIN, Claus, *Informe final*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 323.

¹²³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 5.

¹²⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 5: “Ahora bien, el concreto modelo de intervención socio-jurídico escogido y su legitimación deben ajustarse estrictamente a los límites de afección a los planes de vida individuales reconocidos a los poderes públicos a la hora de lograr el orden social, esto es, a las condiciones de aceptación del contrato social. Un ejercicio de la intervención socio-jurídica mencionada que ignorara tales contenidos se deslegitimaría por superar los límites del poder acordados socialmente”.

¹²⁵ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, op. cit., pp. 102-103.

protección de determinados bienes jurídicos y con la necesidad especial del control social más enérgico¹²⁶.

Eso debe estar claro en todas las etapas de la sanción penal – *conminación, imposición y ejecución* (en un sentido más general, todo el control social está formado también por tres elementos estructurales: *norma, sanción y proceso*¹²⁷) -, con intuito de dar efectividad y legitimidad plena al control social penal, motivando el destinatario de la pena a interiorizar los patrones valorativos contenidos en las normas sociales transgredidas, creando una seguridad cognitiva general¹²⁸.

El consenso social hacia determinadas normas prohibitivas penales no es pleno, pero la prueba de que el sistema básico de legitimación de ese control social existe es que la falta de reacción del control social penal implica en el desarrollo de actitudes de tolerancia hacia determinados comportamientos, aunque sigan previstos en la ley penal¹²⁹.

¹²⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 5.

¹²⁷ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar?* Razones por las que merece la pena la pena, op. cit., p. 98: “Norma, sanción, proceso son los tres elementos estructurales del control social informal, con los que hemos comenzado nuestra consideración del Derecho penal. Ahora aparecen juntos y nos seguirán acompañando cuando nos ocupemos de los elementos del control social formal, es decir, del control social a través del Derecho penal. Una característica del Estado de Derecho es que limita el control social formal, que lo encadena, y lo hace controlable y dominable. La pena es necesaria, pero debe mantenerse dentro de unos límites y respetar determinados principios. Estos límites y principios sirven a las personas afectadas por el Derecho penal, ofreciéndoles consideración y ayuda. También sirven como justificación del Derecho penal”.

¹²⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 7: “El efecto se desenvuelve de una manera equivalente en las tres fases de la sanción penal, la conminación, la imposición y la ejecución, pues en todas ellas el ciudadano percibe que respecto a determinadas conductas se está empleando el modelo de intervención social más enérgico, el control social penal, lo que le motiva, de un modo más o menos consciente, a interiorizar los patrones valorativos contenidos en esas normas para no correr el riesgo de verse confrontado algún día con una pena. Ese funcionamiento del control social penal en ciertos ámbitos constituye un mal en sí mismo para el delincuente potencial lejano, pues le crea inseguridad respecto a sus condiciones personales para acomodarse a la ley penal”.

¹²⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 7.

La reacción punitiva originada en la manifestación del control social tratase, así, de la propia confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva¹³⁰, o de la confirmación de la vigencia de la norma – en el sentido funcionalista.

En una sociedad de masas, compleja, con proliferación de mecanismos de transmisión de todo tipo de mensajes, parece insuficiente sostener el control social penal como instrumento únicamente de efecto intimidatorio, lo que parece ser el sentido de las teorías de la seguridad ciudadana¹³¹, especialmente con un anclaje en las críticas al correccionalismo, con base en la criminología norteamericana¹³².

Las decisiones político-criminales son el eje determinante del control social jurídico-penal, y las concreciones legislativas son el hilo conductor de las concreciones de ese contexto. Una decisión legislativa, así, debe atender a los datos relevantes de la realidad social y jurídica en que pretende incidir, no se apartando por voces del consenso sobre el cual debe actuar¹³³.

Pero, en el contexto de que hablamos, de la inseguridad como único tema central del empobrecido debate político-criminal, la irracionalidad pragmática emerge de los discursos sobre el tema – tanto en la teoría como en concreciones

¹³⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 13.

¹³¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 14: “En la actual sociedad comunicacional, con la proliferación de mecanismos de transmisión de los mensajes normativos y su influencia sobre los comportamientos, parece poco realista sostener que el control social penal debe limitarse al uso de aquellos efectos que hemos llamado materiales, sólo reforzados por un efecto expresivo-integrador, el intimidatorio”.

¹³² CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito, ¿La nueva forma del Holocausto?*, traducción de Sara Costa, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 87: “La criminología estadounidense domina la mayor parte del mundo; sus teorías sobre el delito y sobre el control social del delito ejercen una gran influencia. Los criminólogos estadounidenses son personas amables y cuidadosas; amables con los visitantes, cuidadosos con las normas de la actividad científica. Las normas de ellos pasan a ser nuestras normas y las soluciones que ellos implementan se copian en el extranjero”.

¹³³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Espagráfica, 1989, p. 35.

legislativas y judiciales – no logrando las leyes sus objetivos primarios: son muchas las leyes inconsistentes, contradictorias que, al revés de resolver los problemas sociales, crean incoherencias al insertarse en el ordenamiento¹³⁴.

Hay una apelación instrumental a un conjunto de emociones negativas – pánico, temor, indignación, ira, venganza – asociadas a la experiencia del delito y la inseguridad. La movilización de esos sentimientos, especialmente aumentados por los medios de comunicación, tienen efectos claros en el control del delito y la justicia penal, siendo explotados por los conductores de las políticas públicas¹³⁵.

La acumulación de la inseguridad, muchas veces, acaba destinada a descargarse hacia un ente específico – el *invasor* – pudiendo ser un inmigrante, o alguien que posee determinada etnia o clase social. Tratase del *chivo expiatorio*, o *folk devil* en el discurso sociológico-criminal anglosajón¹³⁶. Esa persona, o clase de personas, acaba recibiendo la polarización de las masas como el responsable por actos reprobables o perjudiciales a la seguridad social, una imputación arbitraria, que ayuda a la sociedad a poner fin a la búsqueda de las causas reales del delito, sustituyendo a la causalidad científica¹³⁷.

Como hemos dicho, hay un empobrecimiento del debate político-criminal en la actualidad, los expertos son dejados fuera de la construcción de las decisiones. Seguramente los expertos tendrían condiciones de emprender la búsqueda por la verdadera causalidad de la inseguridad actual, pero delante de la velocidad que la sociedad quiere respuestas y acciones, y que los políticos quieren concretar sus decisiones para aprovechar el contexto electoral, hay una

¹³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Espagrafic, 1989, pp. 47-48.

¹³⁵ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 79.

¹³⁶ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 86.

¹³⁷ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 87.

concreción de Políticas criminales hacia el *chivo expiatorio* – que asume la función de *enemigo adaptado*, un referente simbólico que permite justificar las acciones represivas, instrumentalizando la Política criminal con los influjos de la seguridad ciudadana de manera mucho más fácil y rápida¹³⁸.

Los ejemplos de la utilización del *chivo expiatorio* en las Políticas criminales contemporáneas – especialmente cuando poseen rasgos claros de populismo – son muchísimos y difieren en cuanto al lugar: en Estados Unidos¹³⁹, en general son engendradas hacia los barrios marginados¹⁴⁰ (Tolerancia Cero y *Broken Windows*¹⁴¹), hacia los usuarios y traficantes de drogas (“guerra contra las drogas”), y en relación a grupos étnicos; en Europa, hacia los inmigrantes y

¹³⁸ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., pp. 88-89: “Ciertamente, en lo concerniente a la inseguridad ciudadana, resultan tan lejanas, tan difusas y, sobre todo, tan inalcanzables las causas y los causantes de la inseguridad social que aflige a este sector de la población, que se hace imprescindible poder descargar esta angustia sobre algún objetivo claro y concreto y, por supuesto, alcanzable. Como dice Bauman, para neutralizar y disipar la incertidumbre no sirve un enfrentamiento directo con la otra encarnación de la extraterritorialidad: la elite global que se mueve fuera del alcance del control humano. Esta elite es demasiado poderosa para enfrentarse a ella y retarla sin más, incluso si se conociese (y no es así) su localización exacta (Bauman, 2007).

Entonces, el chivo expiatorio asume la función de enemigo adaptado (Sheptycki, 2005), es decir, de un referente simbólico que eventualmente permite justificar las acciones represivas a cargo de agentes estatales que actúan en nombre de la sociedad.

Así pues, el mecanismo psicosocial del chivo expiatorio aporta – a la estrategia del populismo punitivo – objetivos visibles y fáciles para la imprescindible descarga de la ansiedad colectiva. De manera que, la responsabilidad de la inseguridad ciudadana, pueda imputarse – ya se simultáneamente o bien secuencialmente – a colectivos humanos (actualmente más los inmigrantes, pero también los jóvenes) o bien a entidades territoriales (los barrios marginados) e, incluso, a los efectos visibles (el incivismo) de causas más escondidas”.

¹³⁹ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 104.

¹⁴⁰ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 98 y ss.

¹⁴¹ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 100: “Esta visión de la inseguridad ciudadana – difundida primero en los Estados Unidos y más tarde en Europa – busca su sustentación teórica en la tesis de las ventanas rotas, formulada por Wilson y Kelling (1982) y sintetizada por Skogan (1992): cuando se dejan acumular en un barrio los signos de desorden social (alcoholismo, bandas, acoso y violencia en la calle, tráfico de droga) y los de desorden físico (vandalismo, abandono de los edificios, acumulación de basuras y escombros), se socavan los mecanismos de control informal, el sentimiento de inseguridad y la delincuencia aumentan, el mercado de la vivienda se desestabiliza y todas las familias que tienen los medios para ello tratan de irse a vivir a otro lugar para escapar a la estigmatización de una zona que se hunde en una espiral de desorden”.

extranjeros^{142/143}, en Latinoamérica los barrios marginales (especialmente las “*favelas*” en Brasil¹⁴⁴), el tráfico de drogas y los jóvenes¹⁴⁵.

Ahora bien, echando una mirada en el concepto de lo que es “seguridad ciudadana”, podríamos considerar en un primer análisis que sería un concepto positivo, pero acaba subvertido por el tratamiento de la Política criminal populista que influencia ese concepto, especialmente en nuestra sociedad actual. En un contexto del Estado democrático de Derecho, podríamos entender “seguridad ciudadana” como una relación de equilibrio entre la intervención protectora del Estado y los derechos de los ciudadanos – una seguridad a servicio de los ciudadanos, no pudiendo jamás conculcar las libertades¹⁴⁶.

O sea: en ese concepto original, la seguridad ciudadana sería la verdadera concreción de la Política criminal razonable, racional, basada en el principio y los postulados básicos de la proporcionalidad. Resolvería especialmente el conflicto contemporáneo entre *seguridad y libertad*. Ocurre que, infelizmente, la idea de la seguridad ciudadana contemporánea está plasmada en la *defensa social* – la defensa de la sociedad de la delincuencia y del delincuente¹⁴⁷.

¹⁴² CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., pp. 89-90.

¹⁴³ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 94.

¹⁴⁴ CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito, ¿La nueva forma del Holocausto?*, traducción de Sara COSTA, op. cit., p. 68.

¹⁴⁵ Especialmente en Brasil, todas las veces que hay noticias en los medios de comunicación sobre un delito especialmente violento donde hubo participación de un menor de dieciocho años, vuelve una discusión pública por la criminalización de hechos practicados por menores de edad. Esa discusión es especialmente llevada a cabo por los medios de comunicación y hay un discurso populista de muchos políticos oportunidad por el endurecimiento punitivo hacia los jóvenes. Muchos estudios ya se han llevado a cabo demostrando la ausencia de fundamento: primero porque no habría capacidad o condiciones en las penitenciarías brasileñas para recibir los jóvenes infractores; segundo porque la mayoría absoluta de los delitos practicados por jóvenes son muy poco graves, y no justificaría su criminalización, o sea, los delitos violentos son la excepción absoluta.

¹⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro*, Hacia un Sistema penal de alternativas, op.cit., p. 13.

¹⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro*, Hacia un Sistema penal de alternativas, op.cit., p. 13.

Lo que, por un lado, dejaría a la víctima y la opinión pública fuera de la discusión, se basada en su aspecto objetivo, pero al incluir de manera sobresaliente la cuestión subjetiva, absorbe solamente el sentido emotivo y de *venganza* – de la víctima y de la sociedad - hacia el delincuente, llenando el concepto de esa subjetividad rabiosa, provocando grandísimos problemas al funcionamiento del sistema de control social¹⁴⁸.

Así nos parece que debemos abogar por el equilibrio de la Política criminal en un contexto de inseguridad ciudadana, así, es el equilibrio entre esos elementos objetivos del sentimiento de inseguridad (cantidad de delitos efectivos, número de víctimas, etc.), y sus elementos subjetivos (victimización social, alarma social, miedo de ser víctima, etc.), eso para tener un sistema de control social más proporcional y justo. Debemos siempre acordarnos que no es la víctima que exige o tiene legitimidad en cuanto a la pena, sino que su fundamento se basa en la lesión al ordenamiento jurídico y la necesidad de restablecer el orden normativo¹⁴⁹.

Con el Derecho penal, infelizmente, no se puede hacer experimentos. El control social ejercido por el Derecho penal y su Política criminal no puede ser aislado. Lo que se puede hacer es un ejercicio imaginativo, intentar imaginar cómo sería vivir sin el control punitivo penal nos da la clara idea de la

¹⁴⁸BUSTOS RAMÍREZ, Juan, LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro*, Hacia un Sistema penal de alternativas, op.cit., pp. 13-14.

¹⁴⁹HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar?* Razones por las que merece la pena la pena, op. cit., p. 59: “Todo conduce a la idea que en la justificación clásica de la pena no sólo es el argumento central, sino el fundamental. Con la negación de la voluntad especial del delincuente, que con su delito ha negado la voluntad general del Orden jurídico, la pena restablece el orden normativo (Hegel). Con la ejecución de la pena justa se puede evitar la culpa de la sangre, que el pueblo arrastraría sobre sí mismo por su participación en la lesión pública de la Justicia, si el delincuente no es ejecutado (Kant). Es la lesión del Orden jurídico por el delito lo que pone en movimiento las cosas y lo que no sólo permite y justifica la pena, sino incluso la exige. No es la víctima la que exige la pena, ni la esperanza de conseguir con ella la intimidación general y la resocialización del delincuente, y tampoco la seguridad ciudadana”.

imposibilidad de la existencia misma de una sociedad sin ese mecanismo de control social¹⁵⁰.

Por eso mismo, el sistema penal no puede prescindir de legitimidad, a través de una Política criminal seria y razonable¹⁵¹, que revestiría de confiabilidad la concreción legislativa de ese medio de control social, para tener efectos reales en el control de la delincuencia, y no apenas efectos simbólicos e inmediatistas.

Nos parece claro que hay una reconfiguración, así, en el campo del control del delito. Aún más: en todo el campo del control social formalizado, ejercido por el Derecho penal. Nuevas prácticas de control de las conductas, del “hacer justicia”, manera modificadas de mantener la cohesión social y manejar relaciones entre grupos sociales. Todo eso pasa por el contexto que vivimos en la sociedad postmoderna: remodelación del campo institucional, desde el colapso del *welfarismo*, protagonismo de los medios de comunicación, emergencia de la inseguridad y alarma social, entre otros rasgos claros del contexto de la seguridad ciudadana. Hay un nuevo patrón de mentalidades, intereses y sensibilidades, que han alterado la manera que sentimos y pensamos el delito¹⁵².

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁵¹ HASSEMER, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, op. cit., pp. 92-93.

¹⁵² GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 39: “La reconfiguración del campo del control del delito involucra mucho más que un simple cambio en la respuesta de la sociedad frente al delito. También implica nuevas prácticas de control de las conductas y de hacer justicia, concepciones revisadas del orden y el control social y maneras modificadas de mantener la cohesión social y manejar las relaciones entre los grupos sociales. La remodelación de un campo institucional consolidado, el surgimiento de objetivos y prioridades distintos y la aparición de nuevas ideas respecto de la naturaleza del delito y de los delincuentes también implica cambios en las bases culturales de estas instituciones. Sugieren la posibilidad de que, detrás de estas nuevas respuestas frente al delito, haya un nuevo patrón de mentalidades, intereses y sensibilidades que ha alterado la manera en que pensamos y sentimos respecto de este problema”.

Katherine BECKETT, en su libro “*Making Crime Pay*”¹⁵³, desarrolla un argumento interesante, de que el cambio de paradigmas empezó en la creencia de que los medios de control social informales estaban en colapso, y hubo una “llamada” al Derecho punitivo, a través de políticas de “ley y orden” para “resolver” el problema de la criminalidad¹⁵⁴. Es importante, así, investigar los nuevos patrones del control social, especialmente del control del delito. Y eso tiene como objetivo, también, la investigación de cómo se reconstruir la sociedad y sus instituciones para la producción del orden jurídico¹⁵⁵.

De todas maneras, en un Estado democrático, la Política criminal no puede ser dirigida a costa del sacrificio de libertades y garantías – sería justamente la antítesis del Estado de Derecho. Hay que guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de la seguridad pública y el respecto a los Derechos humanos¹⁵⁶.

¹⁵³ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, op. cit.

¹⁵⁴ FROST, Natasha, *Punitive State: Crime, Punishment, and Imprisonment across United States*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2006, p. 42: “In her book, *Making Crime Pay* (1997), Katherine Beckett most fully develops the argument that increasing punitiveness is a function of political expediency. According to Beckett, representations of crime and punishment are not influenced by criminological knowledge, but rather are constructed for political gain, usually to support a wider political ideology. Beckett traces the beginning of the punitive turn to the late 1960s when conservative political elites trying to win electoral support began to frame the problem of crime as one related to increased lawlessness associated with the excessive permissiveness of the welfarist approach to social problems. With clever use of imagery and rhetoric, criminal offenders, civil right demonstrators, and welfare recipients were all implicated. Having framed the social problems of the time in terms of increased lawlessness, conservative politicians rallied for a ‘get tough law and order response. The call to law and order resonated with the public because it tapped into their own larger concerns (fear of crime, the sense that informal social control was breaking down, etc.)”.

¹⁵⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 39: “Investigar los nuevos patrones del control del delito es, por tanto y al mismo tiempo, investigar cómo se reconstruye la sociedad y sus instituciones para la producción de orden. Implica también preguntar: ‘¿Cuál es el nuevo problema del delito y el orden social al que responde el sistema de control del delito que está surgiendo?’, ‘¿Cuál es la nueva estrategia de gobierno de la que forma parte?’, ‘¿Cuáles son las nuevas condiciones sociales que hicieron que existieran?’. Las relaciones sociales están tan densamente entrelazadas que una investigación sobre la transformación de un campo institucional lleva inexorablemente a analizar campos contiguos y las relaciones culturales, políticas y económicas subyacentes”.

¹⁵⁶ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 24-25: “La política criminal del Estado democrático va dirigida a disminuir hasta niveles tolerables las cifras de criminalidad, pero no pretende borrar toda huella de la presencia del delito. Pues su objetivo no es transcendental como en el Estado totalitario (crear

No se puede dejar de adoptar criterios de racionalidad en la concreción de la Política criminal, para permitir que la legislación tenga legitimidad y sea mínimamente convincente, dentro de criterios de proporcionalidad¹⁵⁷, no apenas en su carácter simbólico.

La racionalidad debe ser coherente con los datos reales, solamente así habría confiabilidad en el Sistema penal¹⁵⁸. La influencia del modelo de

un impero, mantener la pureza de la aza, acabar con todo vestigio de la burguesía, alcanzar los fines del Corán, etc.), que justificaba, desde distintas ópticas, la necesidad de aplastar al sujeto delincente. En el Estado democrático se persigue que todos los ciudadanos (en la medida de lo posible) convivan pacíficamente y en libertad, cubriendo sus necesidades materiales y culturales para que toda persona pueda gozar de su propia dignidad humana. La lucha contra el crimen no puede emprenderse a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano, pues el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter irrenunciable. Por eso su política criminal es más difícil de llevar a cabo, pues tiene que guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto a los derechos humanos de todos los individuos, incluidos los delincuentes”.

¹⁵⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 195: “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 impregnen 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 vinculado 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”.

¹⁵⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, op. cit., pp. 86-87: “De ahí que la cuestión se centre en asumir algún concepto de racionalidad que resulte mínimamente convincente y útil para el objetivo que perseguimos. A mi juicio, podría servir la idea de que con él se expresa la capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen tal realidad y que conocemos. Por lo demás, como la legislación penal nos movemos en el campo del control social jurídico sancionador, podríamos precisar más diciendo que, a nuestros efectos, es la capacidad para elaborar en el marco de ese control social una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquélla incide. La definición, creo, no se aparta sustancialmente de otras que se han propuesto en este contexto por voces más autorizadas que la mía, y no cierra el paso a propuestas de racionalidad discursiva que se ocupan de describir las condiciones que deben darse para que se obtenga un consenso respecto a lo que sea una decisión racional, esto es, coherente con la realidad social con la que interactúa. De un modo u otro, la racionalidad legislativa penal supondría el punto de llegada de una teoría de la argumentación jurídica, a desarrollar en el plano del proceder legislativo penal, que garantizara decisiones legislativas susceptibles de obtener amplios acuerdos sociales por su adecuación a la realidad social en la que se formulan”.

seguridad ciudadana, en definitiva, influye en el control social punitivo del Estado, con un conjunto de valores que estiman “incuestionables”, suministrando “certezas” convenientes, concretando una plena desregulación, imprevisibilidad e incoherencias político-criminales¹⁵⁹.

El control social jurídico-penal, así, debe ser engendrado con reglas especialmente estrictas de formación, desde el lenguaje legal, mayores garantías y criterios exigentes – eso en todos sus ámbitos de concreción: legislativo, procesal y de ejecución. Tratase de la herramienta más contundente con que el Estado disciplina la conducta de sus ciudadanos. La influencia del modelo de seguridad ciudadana acaba flexibilizando reglas básicas necesarias a la fundamentación del control social, dándole una carga ampliamente simbólica¹⁶⁰.

¹⁵⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 116: “El modelo de seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades antedichas. Se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nítidamente 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”.

¹⁶⁰ LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, en CARBONELL, Miguel (coordinador). *El principio de proporcionalidad y la protección de los Derechos fundamentales*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Aguascalientes, México, 2008, p. 202: “Finalmente, en contra de un control de mínimos cabe señalar que el reconocimiento unánime del derecho penal como el más severo mecanismo de control social de que dispone el Estado conduce a que, del mismo modo en que se reclaman para este sector del ordenamiento reglas más estrictas de formación del lenguaje legal, mayores garantías procesales o criterios más exigentes de valoración de la prueba, también ha de imponerse un control de constitucionalidad más riguroso del que cabe practicar en relación con otro tipo de intervenciones legislativas en derechos fundamentales dotadas de un menor contenido aflictivo. Y ello porque el recurso al derecho penal no expresa la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la voluntad de emplear la herramienta más contundente con que cuenta el Estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no sólo en razón de la especial aflictividad de sus sanciones – privación de la libertad y de otras posiciones iusfundamentales especialmente significativas y necesarias para que el individuo pueda desenvolverse plenamente en sociedad – sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena, las cuales incorporan un plus de gravedad que en principio está ausente cuando la misma prohibición y la misma sanción son disciplinadas por conducto de otras normas del ordenamiento. Esta opción deliberada por los máximos medios ha de estar sometida a una especial carga de legitimación, así como a una fiscalización especialmente exigente por parte del órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes”.

V.- Implementación de una nueva cultura político-criminal: el Derecho penal simbólico

Desde la perspectiva de la función simbólica del Derecho penal¹⁶¹, se señala que ese ejerce un efecto psicológico, generando sentimientos muchas veces contradictorios. La idea es generar la convicción en la sociedad de que las normas se aplican, tienen eficacia y producen efectos en las personas, a través de su simbolismo¹⁶².

Está muy claro que el Derecho penal, y especialmente la pena criminal posee efectos tanto instrumentales como simbólicos^{163/164}. Los primeros están vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, con capacidad de modificar la realidad social por la vía e prevenir la realización de comportamientos prohibidos; los últimos tienen el fin de transmitir a la sociedad

¹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 304 y ss.

¹⁶² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 143: “Desde esta perspectiva, se señala que el Derecho penal, prácticamente convertido en un mito, ejerce sobre los ciudadanos un efecto psicológico, que genera sentimientos varios y – aun – contradictorios (v.gr. un sentimiento de tranquilidad, autocomplacencia, congratulación, ilusión, esperanza, etc., en el legislado; y un sentimiento de desconfianza, desesperanza, desilusión, frustración, etc., en los ciudadanos), pero que en última instancia tiende a que toda la Sociedad tenga la convicción de que las normas se aplican, desplieguen su eficacia, y de ese modo se protejan bienes jurídicos”.

¹⁶³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Los delitos de riesgo en la Política criminal de nuestro tiempo*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 245: “Bien es cierto que el derecho penal tiene también un carácter simbólico, pero no se puede utilizar exclusivamente por ese carácter simbólico, sin perjuicio de que algunos delitos cuya frecuencia es casi nula (por suerte) deban estar en el Código precisamente por razones de simbolismo o de declaración del valor colectivo”.

¹⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 143: Esta posición adopta, en realidad, como punto de partida la distinción entre ‘función instrumental’ y ‘función simbólica’ del Derecho penal: la primera alude al ordenamiento punitivo como mecanismo o instrumento de protección y prevención de bienes jurídicos, mientras que la segunda consiste en un efecto psicológico que en los ciudadanos provoca la actuación del Estado en materia penal, esto es, la configuración de las leyes penales y la aplicación de las mismas en la realidad social”.

mensajes o contenidos valorativos, produciendo emociones y representaciones mentales^{165/166}.

No negamos la existencia ni la necesidad del Derecho penal poseer efectos simbólicos: esos son parte del instrumental teórico y efectivo del control social punitivo¹⁶⁷. Lo que nos parece tener un efecto perturbador es la utilización del Derecho penal únicamente como elemento simbólico¹⁶⁸, sin la atención a su objetivo primario de prevención hacia el delito, ya que la utilización de las reacciones penales debe siempre ser fundamentada¹⁶⁹.

La concepción reflejada por el Derecho penal simbólico toma como presupuesto que la ley penal representa la decisión mayoritaria de tutelar con el instrumento más fuerte de defensa social un valor fundamental, encarnando un

¹⁶⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 3.

¹⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, Tomo I, op. cit., p. 144: “Aunque reina bastante incertidumbre en torno al exacto significado del simbolismo del Derecho penal, es cierto que en su construcción más original se asocia la producción de un efecto psicológico en los ciudadanos a la protección de bienes jurídicos (...)”.

¹⁶⁷ VON HIRSCH, Andrew, *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 138: “La imposición del mal, a mi juicio, tiene realmente una función preventiva: suministra una ‘prudential reason’ para la no realización de hechos punibles, unida a los argumentos normativos expresados mediante el elemento ‘reprochabilidad’ de la pena. Por ‘prudential reason’ entiendo consideraciones relativas a ventajas o desventajas para la persona que actúa. A través del reproche incorporado en la amenaza de pena, el derecho penal expresa que el comportamiento resulta equivocado, con lo que una persona que actúa de acuerdo con criterios morales tiene motivos para no realizarlo. Sin embargo, debido a la falibilidad humana, puede seguir queriendo su realización. La razón para que en la sanción el modo de expresar la desaprobación sea la imposición de un mal en lugar utilizar mecanismos puramente simbólicos reside justamente en que la amenaza de este mal confiere a la persona una razón ‘prudencial’ ulterior, significativa para los propios intereses, para no realizar el comportamiento. De hecho, la introducción de una reacción de reproche que suministra al mismo tiempo un efecto de disuasión puede ser saludada como una ayuda para realizar un comportamiento que se reconoce como adecuado, en aquellos casos en que el autor está tentado de realizar el delito, pese a comprender el mensaje de la sanción”.

¹⁶⁸ Son muchas las concreciones simbólicas del Derecho penal en la actualidad, en las últimas reformas del Código Penal español están muy claras, véase a respecto en REBOLLO VARGAS, Rafael, *Oleadas informativas y respuesta político-criminal* (a propósito de los robos en residencias), en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 87-88.

¹⁶⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 4.

rol político de dirección de las conciencias de los ciudadanos, substrayendo ese sentido de la ética o de la moral¹⁷⁰. Utiliza de una incriminación difusa, abstracta, de difícil concreción, y sin debate suficiente¹⁷¹.

El punto de partida para la valoración crítica en cuanto a una norma penal sea simbólica o no está, así, en las consecuencias y efectos que produce. La *orientación del Derecho penal a sus consecuencias*, según HASSEMER, pretende que haya un interés en las consecuencias fácticas de su actuación, legitimando las decisiones político-criminales¹⁷².

Para evitar un comportamiento socialmente perjudicial, la norma necesita *desvalorar* este comportamiento, pero su función no se agota en el desvalor, sino en su capacidad de evitar el comportamiento¹⁷³. En las normas simbólicas, la transmisión de un mensaje desvalorizador de la conducta deja de considerarse instrumental, para constituir un fin en sí mismo¹⁷⁴.

Ahora bien, para la mayoría de la doctrina, el denominador común de cualquier definición del Derecho penal simbólico es el predominio que se produce de los efectos simbólicos sobre los efectos instrumentales¹⁷⁵. Describe una intervención penal que alude a un sustancial desplazamiento hacia la

¹⁷⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Globalización y concepciones del Derecho penal”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXIX (2009), pp. 141-206, p 174 y ss.

¹⁷¹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Globalización y concepciones del Derecho penal”, *Estudios penales y criminológicos*, op. cit., p 175.

¹⁷² GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Derecho penal simbólico* (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático), en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., pp. 193-194.

¹⁷³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 4 y ss.

¹⁷⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Derecho penal simbólico* (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático), en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, op. cit., p. 194 y ss.

¹⁷⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 10.

producción de esos efectos simbólicos¹⁷⁶, en plano pragmático, sin atención a la proporcionalidad y dignidad de las penas¹⁷⁷.

Hay en el carácter únicamente simbólico del Derecho penal algunos componentes políticos y demagógicos, incluso con la retirada de componentes de aplicación práctica – a veces, incluso, los efectos preventivos – idóneos para hacer frente a algunos ámbitos de la criminalidad. La inclusión de la cultura punitivista en las reformas penales es utilizada como icono representativo y simbólico de la “voluntad” de los gobiernos para hacer frente a la criminalidad¹⁷⁸, ya que los políticos están más preocupados con las encuestas de popularidad que con el efectivo combate a la delincuencia. Pasase a buscar un efecto inmediateista, proyectando una búsqueda de la confianza de las masas¹⁷⁹.

¹⁷⁶ MAZZACUVA, Nicola, *El futuro del Derecho penal*, traducción de Miguel Ángel RODRÍGUEZ ARIAS, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 231: “Bajo esta última perspectiva, se puede delinear una articulación del llamado ‘Derecho penal simbólico’: el incremento normativo que viene a determinar resulta, en algunos casos, en efecto solamente instrumental y demagógico, no siendo las nuevas disposiciones ni destinadas a una efectiva aplicación, ni en grado de desarrollar alguna real función general-preventiva; en otras hipótesis el Derecho penal simbólico permanece sustraído (a priori) a cualquier concreta posibilidad de aplicación, pero no puede negarse que éste no despliega al menos una cierta eficacia disuasiva”.

¹⁷⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *La Ley*, op. cit., p. 11.

¹⁷⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “La nueva reforma penal de 2013”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 6, marzo-agosto 2014, pp. 16-71, p. 37: “Por otra parte, es evidente que esta ampliación del control preventivo responde a esa política que de modo global se ha venido a denominar “securitaria” o de “seguridad ciudadana”, que se caracteriza por adelantar (prevención) los elementos de control a momentos anteriores a los de la producción del acontecimiento no deseado (lo que cohonesta con la llamada “sociedad del riesgo” y se plasma, desde el punto de vista penal, en un claro adelantamiento de barreras punitivas, todo ello junto con la banalización de las diferencias entre autoría y participación y la atracción típica de actos preparatorios generalmente impunes, lo que es propio de un derecho penal de autor –propuesta que, como se ha visto más arriba, se ha llevado al actual Proyecto de reforma del CP en materia de orden público”.

¹⁷⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Globalización y concepciones del Derecho penal”, *Estudios penales y criminológicos*, op. cit., pp 178-179: “De esta forma, determinados instrumentos jurídico-punitivos de lucha contra las diferentes formas de manifestación de la violencia en nuestras sociedades occidentales, mantendrían este carácter simbólico, no exento, como se ha señalado, de componentes políticos o demagógicos, incluso con pocas posibilidades de encontrar aplicación práctica, o de mantener los efectos preventivos, tanto especiales como generales, idóneos para hacer frente de algún modo a específicos ámbitos de la criminalidad. La reforma penal es utilizada por los poderes públicos, con demasiada frecuencia, como un icono representativo de que los gobernantes se preocupan por resolver un grave conflicto (coyuntural en muchas ocasiones) que crea gran alarma social. Dado que los políticos están muy

En un Derecho penal que se revista únicamente del carácter simbólico, la pena (especialmente la privativa de libertad) acaba siendo mucho más una previsión abstracta que un efectivo instrumental del Derecho penal¹⁸⁰. La prevención¹⁸¹ general se realiza con una amenaza y el efecto estigmatizante. Eso, obviamente es uno de los efectos del alejamiento progresivo de una Política criminal tratada por expertos. Sería la transferencia del control social del plano coercitivo al simbólico, con función de infundir confianza y educar a la sociedad, lo que podría ser logrado con medios menos violentos del control social formalizado, o incluso informal¹⁸².

Hay tres rasgos esenciales en la implementación de la nueva cultura político-criminal, especialmente influenciada por la seguridad ciudadana: el

preocupados con las encuestas de popularidad (que se concretan en mayor o menor número de votos en el futuro), necesitan responder a las necesidades de tranquilizar a la ciudadanía ante esa alarma social (real o creada ficticiamente por los medios de comunicación) de forma rápida y eficaz. La reforma de la ley penal resulta entonces un medio barato, inmediato, ‘efectista’, con gran potencial simbólico, que proyecta a esa ciudadanía la confianza en sus gobernantes de que ya se está haciendo lo que se debe para atajar el problema. Los costes son bajos, y los beneficios altos, especialmente desde el punto de vista electoral. De nuevo el pensamiento neoliberal de la eficacia de la productividad formal que inspira a la globalización se encuentra presente en el Derecho penal simbólico. Aunque la utilización simbólica del sistema penal puede ser beneficiosa para tutelar bienes jurídicos especialmente sensibles ante los nuevos peligros que acechan a ciertos ámbitos de la sociedad del Siglo XXI (derechos de la mujer, medio ambiente, minorías marginales, comunidad internacional, etc.), lo cierto es que las puntuales reformas punitivas que se producen en muchos países de la órbita occidental, responden a problemas muy concretos que no van a ser realmente resueltos por una modificación normativa”.

¹⁸⁰ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, op. cit., p. 90: “The dramatic nature of these changes problematizes the argument that ‘for all its attention to street crime, the political process tends to dilute rather than mobilize purposeful political energy’. While it may be true that some anticrime measures are more symbolic than ‘practical’, the politicization of crime and drug use at the national level served as an important catalyst for the expansion and reorientation of the federal, state and local crime control systems”.

¹⁸¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 172: “Como ya se ha expuesto anteriormente, la legitimidad de la norma penal no sólo se mide por su nivel garantístico, sino también por su capacidad de prevención. Olvidar esto, sería condenar a la norma a una mera función simbólica de satisfacción del sentimiento de seguridad colectiva, sin conminarla a cumplir una función real de protección de la sociedad. Es cierto que la norma penal tiene y debe tener una cierta función simbólica, pero lo que no es dable es que sólo posea una función simbólica”.

¹⁸² STORTONI, Luigi, *Presentación*, traducción de María José PIFARRÉ MONER, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op. cit., p. 14 y ss.

primero es que las leyes penales simbólicas, creadas para tener más contenido de amenaza que de efectivo castigo, acaban transformadas en leyes que castigan efectivamente, con contenido más grave y duro que deberían, concretando el punitivismo; el segundo es que las políticas de punición se han transformados en un “juego de suma cero”, donde se cree que se hace bien a la víctima imponiendo más sufrimiento al delincuente; el tercero es que todo ese contexto de falta de confianza en las instituciones penales – especialmente los legisladores y jueces – ha reducido su grado de discernimiento e incrementado la prisa con que concretan Políticas criminales, legitimando rasgos populistas¹⁸³.

El tono emocional de la Política criminal, de todo ese contexto que hemos hablado al largo de los últimos capítulos, hay creado esa nueva cultura político-criminal y una ola de teoría normativa justamente destacando efectos expresivos, o comunicativos de la sanción penal. El lenguaje que condena y el castigo son elementos retóricos que acompañan la toma de decisiones y la legislación penal actualmente¹⁸⁴.

Sentimientos vengativos, el juego de suma cero en torno de la relación víctima-delincuente – todo eso es utilizado para buscar el apoyo para nuevas

¹⁸³ FROST, Natasha, *Punitive State: Crime, Punishment, and Imprisonment across United States*, op. cit., p. 72: “Without offering much by way of empirical support for his periodization of the imprisonment expansion, Zimring uses it as a point of departure for explaining the reasons for the shift into the third ‘throw away the key’ era. Here he relies on the ‘new politics of punishment’ (Zimring, 2001:162) implicating three quite specific changes in the way we have approached punishment policy through the 1990s up to the present. The first that criminal laws that were typically written to ‘bark much louder than they bite’, with quite a distance between their ‘symbolic and operational content’, in this new era have reversed the course and bitten at least as hard, if not harder, than they bark is loud (Zimring, 2001:163). The second that criminal justice policy generally, and punishment policy more specifically, has become a ‘zero sum game’ where imposing harm on those that we punish automatically benefits those that fall victim to them. When criminal justice policy is envisioned as a zero sum game, doing more harm to offenders is depicted as promoting greater good for the victim. And the third that an increasing distrust of most of the central actors in the criminal justice process (police, judges, and parole authorities in particular) has led to legislation that reduces their discretion, which in turn has thwarted their ability to make downward or back-end adjustments to the severity of punishment”.

¹⁸⁴ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 64: “La retórica política y las representaciones oficiales del delito y de los delincuentes tienen un significado simbólico y una eficacia práctica que tienen consecuencias sociales reales. A veces ‘hablar’ es ‘actuar’”.

leyes penales. Ese cambio de paradigmas ha tornado las concreciones legislativas únicamente simbólicas, y se comienza a crear argumentos en favor de medidas retributivas que expresan los sentimientos políticos en torno de esa cultura punitiva¹⁸⁵.

Nos parece claro la necesidad de reorientar la atención de los académicos, estudiosos o expertos hacia el contexto legislativo del Derecho penal. La ley penal ha acumulado funciones significativamente distintas a las que le son tradicionales: la asunción del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la resolución de conflictos – aunque pudieran ser resueltos por otro medio de control social, y su función simbólica o “educativa”¹⁸⁶.

Desde Franz VON LISZT, como ya hemos visto, la Política criminal se entiende como una Política social, pero los legisladores al plasmar la nueva cultura político-criminal en torno de la “lucha” contra la criminalidad, acaban

¹⁸⁵ GARLAND, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, op. cit., p. 44: Esta adopción explícita de objetivos antes desacreditados también ha transformado el discurso académico, más formal, de la filosofía del castigo. La última ola de teoría normativa destaca los aspectos simbólicos, expresivos y comunicativos de la sanción penal; de esta forma los filósofos comienzan a crear argumentos en favor de las medidas retributivas que mejor expresan los supuestos culturales e intereses políticos que moldean actualmente la práctica del castigo”.

¹⁸⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, op. cit., pp. 14: “En el contexto del derecho penal la necesidad de reorientar nuestra atención hacia la legislación es especialmente urgente: Ante todo porque, como he tenido ocasión de describir en otros lugares, la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción por el código penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, por la intensa implicación de la ciudadanía, directamente o mediante los medios de comunicación, en los debates sobre la configuración de la mayor parte de las leyes penales: sin ignorar la positiva consecuencia de reforzamiento de la sociedad democrática que ese fenómeno posee, trasluce igualmente una progresiva desconfianza de la opinión pública y la sociedad en general en los cuerpos expertos de la justicia; tendremos ocasión de ver la transcendencia que ello posee. En tercer lugar, por qué no decirlo, más de cien años de rigurosa profundización en los criterios que deben regir la exigencia de responsabilidad penal ante los tribunales han permitido alcanzar el nivel de escolasticismo, esto es, aquel en el que los nuevos y a veces refinados progresos conceptuales no rinden una mínima utilidad en la aplicación judicial; en desconcertante contraposición, el campo de la creación de las leyes que luego se han de interpretar se ha permitido que quedara en manos de la improvisación y el oportunismo social y político”.

olvidando – especialmente en el contexto donde los expertos no participan de la conducción del debate¹⁸⁷ – y utilizan el Derecho penal como *prima ratio*¹⁸⁸, lanzando mano de una legislación simbólica¹⁸⁹.

Son desarrollados programas político-criminales sin conocer bien la realidad social, y sin conexión con las ciencias empíricas, buscando apenas satisfacer el sentimiento de alarma social, la inseguridad social y los sentimientos de angustia¹⁹⁰.

Todo eso es fácilmente comprobable en las legislaciones penales¹⁹¹. Por ejemplo, el Código Penal español vigente desde 1995 y las legislaciones

¹⁸⁷ BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, op. cit., p. 7: “The likelihood that competing issue frames will resonate with popular sentiment does not depend upon ‘expert’ opinion, much to the chagrin of some criminologists. Although research may tell us something about the validity of the relationships posited in different crime ‘frames’ this more technical discourse rarely influences the highly symbolic sphere of political rhetoric. Instead, the viability of alternative issue frames rests primarily on the extent to which they help to make sense of people’s experience in ways that are compatible with popular wisdom and salient cultural themes”.

¹⁸⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 256: “Para el propio sistema penal, porque se está fomentando un uso utilitarista y eficientista del Derecho Penal, dando lugar al abuso de la intervención penal, legitimando su actuación como *prima ratio* y propiciando que se privilegie su función preventiva en aras de una verdadera protección de bienes jurídicos. Y es que este tipo de intervención penal estabilizadora de las normas sociales esconde su direccionalidad social de mantener el consenso social, sin dar lugar al disenso ni a las posibilidades de discusión crítica en una Sociedad con claras deficiencias y problemas sociales. El pensamiento único, como expresión del discurso simbólico de consenso de los medios de comunicación y de los gobiernos, viene a dominar prácticamente todas las esferas del saber moderno 16. Además, se está fomentando el uso simbólico del Derecho Penal con sus efectos negativos, entre los que se cuentan una huida de los poderes públicos para resolver verdaderamente los problemas sociales, como le corresponde, y una protección solamente aparente de los bienes jurídicos, pues se olvida que una verdadera protección de ellos implicaría políticas criminales más ambiciosas y complejas, costosas en tiempo, personal y medios económicos, en definitiva, incardinadas en una auténtica Política social

¹⁸⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., pp. 42-43.

¹⁹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, op. cit., p. 49: “De otro lado, los niveles valorativos no pueden quedar en el plano ideológico del «deber sen» y establecer programas políticocriminales voluntaristas y simbólicos desconociendo la realidad social. El gran déficit precisamente de los programas políticocriminales es que centran su respuesta en la norma penal como mero instrumento simbólico frente al fenómeno criminal, sin establecer ninguna conexión con las ciencias empíricas, sin datos criminológicos, sin verificar efectivamente sus efectos preventivos. Basta que la sola amenaza de la sanción satisfaga el sentimiento de seguridad colectiva, propiciando con ello el consenso social”.

¹⁹¹ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora),

posteriores también en España¹⁹² (especialmente la Ley Orgánica 7/2003)¹⁹³ han acogido nuevas reglas de imputación de responsabilidad penal, agravaciones de las penas y una relativización de principios, en un contexto claramente simbólico¹⁹⁴.

Así las cosas, toda esa idea del Derecho penal simbólico – o utilizado únicamente como elemento simbólico – tiene mucho que ver con su instrumentalización del control social estatal en dirección a la satisfacción de las inseguridades cognitivas del público. De todas formas, ejerce su función de instrumento de que dispone el ordenamiento jurídico para ejercer la tutela de bienes jurídicos, valores fundamentales para la cohesión social¹⁹⁵.

Pero nos parece claro que la inserción de la nueva cultura político-criminal postmoderna hizo del Derecho penal un simple instrumento de lucha contra la inseguridad, encarnando un rol político, de dirección de las conciencias de los ciudadanos, papel que antes correspondía a la ética y moral – mecanismos del control social informal¹⁹⁶, al contrario de su configuración clásica, de sus presupuestos tradicionales.

Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 81-82.

¹⁹² RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel, “La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal”, *La Ley*, 21325, 2001, Actualidad Penal, Sección Doctrina, 1998, Ref. d-238, tomo 5, Editorial La Ley, pp. 1-18, p. 11 y ss.

¹⁹³ FARALDO CABANA, Patricia, *Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales: La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, op. cit., pp. 300-302.

¹⁹⁴ ACALE SÁNCHEZ, María, *Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, op. cit., pp. 344-345.

¹⁹⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 337: “En los últimos años, se ha reabierto la confrontación entre los que sugieren la necesidad de tutela penal de los valores sociales y los que consideran que dicha intervención significaría, en la práctica, una pérdida del auténtico rol del Derecho penal y la creación de formas jurídicas simbólicas”.

¹⁹⁶ BORJA JIMENEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, op. cit., p. 109.

El Derecho penal únicamente simbólico acaba siendo como un placebo social, un instrumento de *marketing* de la ideología cultural político-criminal reciente, anclada solamente en la seguridad ciudadana, sin preocupación racional de establecer una prevención a largo plazo, sirviendo solamente a dar al ciudadano una perspectiva de Política criminal inmediatista y tranquilizar sus angustias¹⁹⁷.

Uno de sus mayores efectos es la creación del ambiente punitivista, un autoengaño colectivo y generalizado, que trata de crear el ambiente propicio para la utilización del Derecho penal como *prima ratio* o *sola ratio*¹⁹⁸, alejándole aún más de los postulados clásicos que revisten la Dogmática jurídico-penal de confiabilidad y legitimidad¹⁹⁹.

La Política criminal populista²⁰⁰ y el Derecho penal simbólico, especialmente en el ámbito de franco expansionismo penal que vivimos²⁰¹,

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2013, p. 63: “Podemos definir al Derecho Penal Simbólico como: tipos penales reales, es decir, conductas típicas, antijurídicas, punibles y culpables, reconocidas por el ordenamiento jurídico, que únicamente tiene el fin de actuar como placebo social o marketing de ideologías o de seguridad. Estos tipos penales no se aplican, no se han aplicado o en varios años se han aplicado pocas veces solo con fines demostrativos, y existen únicamente para darle al ciudadano una perspectiva de política criminal ficticia, que calme sus ánimos y angustias y le permita creer que el Derecho Penal es solvente en la protección de la sociedad como estructura indispensable para su propia existencia.

En palabras más sencillas: el Derecho Penal Simbólico son todos aquellos ‘preceptos prohibitivos’ que contemplan una pena, pero que se legislan e incorporan al Código Penal sin una base de política criminal y a sabiendas de que no serán aplicados, o que los delitos tipificados son imperseguidos, únicamente como herramienta política, utilizada para responder a las exigencias de los ciudadanos frente a sus gobernantes”.

¹⁹⁸ RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel, “La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal”, *La Ley*, op. cit., p. 8 y ss.

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2013, p. 72 y ss.

²⁰⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 478: “Por un lado, la intervención política en el Derecho penal traslada constante y manifiestamente los problemas estructurales a la aplicación individual del Derecho penal. Por otro lado, la actividad legislativa conduce rápidamente a resultados concretos y a producir efectos políticos inmediatos que pueden parecer

acaban retirando la confiabilidad del sistema penal y el propio prestigio de las instituciones estatales²⁰², lo que retroalimenta el sistema populista – esto está claro. Uno de los rasgos es que la norma deja de lograr reafirmarse como vigente, ya que la mayoría de las concreciones simbólicas del Derecho penal no se basa en expectativas sociales reales, y carecen muchas veces de aplicabilidad práctica²⁰³.

El protagonismo de actores que deberían ser apenas secundarios en la discusión político-criminal (como los medios de comunicación, por ejemplo) colabora en mucho para la creación de todo ese contexto, transformando el Derecho penal en algo político-mediático. Deja de ser la reafirmación de vigencia de la norma para transformarse en reafirmación del poder político del Estado y de sus opciones legislativas²⁰⁴.

intervenciones político-estructurales innecesarias. Tales intervenciones se elevan por encima del horizonte de la relevancia política cuando el triunfo electoral está en duda”.

²⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (Especial referencia al ámbito económico), en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.) *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Ediciones Akal, Madrid, 2005, p. 263: “En él se empieza por constatar que dicho fenómeno expansivo se ha plasmado en ¿una tendencia general —claramente dominante en las legislaciones penales - a la creación de nuevos tipos penales o a la agravación de los ya existentes, en el marco de la cual destacarían los siguientes aspectos particulares: creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía. De este modo, la referida expansión se presenta —a su juicio— como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)”.

²⁰² ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Código penal y política criminal*, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 27 y ss: “Ante situaciones como las narradas es inevitable que el desprestigio de las instituciones se acentúe aún más (ese Senado, se dirá con razón, no sirve absolutamente para nada), lo que no es bueno ni para la institución de que se trate ni para el sistema democrático en su conjunto. Pues bien, el Ordenamiento Jurídico, en cualquier caso, debe tener previsiones en defensa de ese prestigio de las instituciones y de su adecuado funcionamiento, pues en ello nos va el desarrollo de la pacífica convivencia”.

²⁰³ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2013, p. 82.

²⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Política criminal con bases empíricas en España”, *Polít. Crim.*, nº 3, 2007. A8, pp. 1-16, p. 4: “Las causas de esta lamentable situación pueden entenderse fácilmente a poco que se perciba que el impulso real de la política criminal tiene que ver fundamentalmente con el establishment político-mediático, en el seno del cual se producen

La irracionalidad, la emocionalidad, los sentimientos de venganza e intereses políticos se concretan en “soluciones” aparentes²⁰⁵ y de corto plazo²⁰⁶. Debemos acordarnos que el Derecho penal eficiente debe ser funcional, lo que no es el caso del Derecho penal simbólico, ineficiente y basado solamente en su apariencia²⁰⁷.

En definitiva, el Derecho penal de rasgos únicamente simbólicos es la concreción del populismo punitivo²⁰⁸ que hemos tratado al largo del trabajo. Tratase de la reafirmación simbólica del poder estatal en el campo del control del delito, un vehículo de expresión del deseo de venganza, la instrumentalización de los sentimientos y problemas sociales²⁰⁹ ante al delito²¹⁰.

y alimentan políticas de gestos que atienden meramente a la dimensión simbólica del Derecho penal, con objetivos a muy corto plazo. A modo de actores secundarios, ejercen un rol cada vez más destacados grupos sociales, como ciertas agrupaciones de víctimas o asociaciones feministas, entre otras, que impulsan dinámicas generadoras de una mayor intervención punitiva”.

²⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (Especial referencia al ámbito económico), en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.) *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, op. cit., p. 265: “detrás del fenómeno de la expansión del Derecho penal se halla la pretensión de resolver problemas sociales a través del cómodo expediente de limitarse a transmitir a la opinión pública mensajes tranquilizadores (que suelen ser calificados como «simbólicos»)”.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, p. 66: “Las causas de un Derecho penal ineficiente podrían ser muy diversas. Así, la irracionalidad, la emocionalidad, razones psico-sociales de venganza; intereses políticos en soluciones aparentes a corto plazo (caso del Derecho simbólico); ambas a la vez. Entre Otras”.

²⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, op. cit., p. 76: “Con todo, esta eficiencia del llamado “Derecho penal moderno” es, a mi juicio, tan sólo aparente, incidiendo únicamente en el ámbito psicológico-social de los sentimientos de inseguridad. En otras palabras, convirtiéndose en un mecanismo puramente simbólico y abandonando el terreno de lo instrumental. Así pues, si bien es cierto que un Derecho eficiente seguramente será siempre funcional, no está tan claro que un Derecho funcional precise ser realmente, sino sólo aparentemente, eficiente. Claro está que, si un Derecho penal de prevención general positiva degenera en Derecho meramente simbólico, de pura apariencia de eficiencia, a medio o largo plazo tampoco habrá cumplido su función de prevención de integración. De ser así, evidentemente constituirá uno de los más claros ejemplos de Derecho ineficiente, pues, con costes supuestamente (sólo supuestamente) bajos, en realidad no habrá conseguido beneficio real alguno”.

²⁰⁸ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 79.

²⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpresión de la segunda edición. Editorial IB de F. Buenos Aires, 2006, pp. 21-22: “No es infrecuente que la expansión del

Rompe con la estructura básica, clásica y fundamental del Derecho penal, no se reafirmando, ni teniendo efectos prácticos e instrumentales necesarios. Carece de legitimidad, proporcionalidad, siendo la concreción básica del populismo punitivo y del oportunismo político que instrumentaliza el contexto social en el ambiente de alarma colectivo. Hemos visto el tanto que la Política criminal es importante al Derecho penal, y nos parece claro que el Derecho penal únicamente simbólico prescinde de la Política criminal, utilizando únicamente antojos políticos y demandas sociales, para su concreción mediática²¹¹.

Al dejar de contar con la Política criminal – o, al menos, con una Política criminal de bases empíricas y racionales, el Derecho penal pierde también su carácter y objetivo de promover la cohesión social, lo que es gravísimo en el punto de vista práctico, pues pierde su confiabilidad y credibilidad como mecanismo de control social²¹².

Debemos advertir que la criminalización de conductas, sin tener cualquier efecto preventivo para la cohesión social, es básicamente ilegítima²¹³, tratase de la verdadera irracionalidad en materia de Política criminal²¹⁴.

Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin negar que a tal explicación pueda asistirle parte de razón, creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico-política, en la instancia «estatal». Por contra, es mi opinión que, en buena medida, nos hallamos aquí ante causas algo más profundas, que hunden sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios y en el consiguiente cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales”.

²¹⁰ CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, op. cit., p. 78.

²¹¹ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2013, p. 127.

²¹² RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2013, p. 127.

²¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., p. 221: “Por la misma razón en que se basan las consideraciones acabadas de efectuar, tampoco hay que esperar necesariamente un incremento disuasorio como consecuencia de la incriminación de una conducta constitutiva hasta el momento de ilícito civil o ilícito

Claro que las leyes penales deben sí fortalecer²¹⁵ los valores y normas sociales oriundas del control social informal²¹⁶, pero deben también consolidar y tener fines instrumentales, para no perder su base de legitimidad. La praxis legislativa tiene que caminar junto a los presupuestos básicos.

En el estado de cosas actual, es necesario engendrar estrategias de neutralización del populismo punitivo²¹⁷ y del resultado de esa postura en la concreción práctica del sistema penal: la utilización del Derecho penal con intuito únicamente simbólico y de reafirmación exclusiva del poder del Estado, prescindiendo de sus garantías y fundamentos propios que le revisten de legitimidad²¹⁸.

administrativo. Ciertamente, en unos casos será así, con lo que la criminalización estaría legitimada desde la óptica preventiva (aparte habría que considerar perspectivas de signo garantístico, por ejemplo). Sin embargo, en otros casos no cabrá esperar un mayor efecto preventivo, con lo que la criminalización se revelará injustificada desde perspectivas de prevención y, por tanto, básicamente ilegítima (esto es lo que sucede con determinados fenómenos de incriminación que persiguen metas básicamente simbólicas)”.

²¹⁴ MUSCO, Enzo, “La irracionalidad en el Derecho penal”, traducción de Valentina Faggiani y Jesús Martínez Ruíz, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-r1, 2014, pp. r1: 1-15, p. 9.

²¹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 145: “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 simbólico”.

²¹⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 349: “Sobran argumentos para distanciarse de afirmaciones tan tajantes acerca del deterioro del “nuevo” derecho penal. El derecho penal nunca ha dejado de ser un instrumento político para imponer la pervivencia de determinados valores, y el discutido carácter simbólico del mismo tampoco es un rasgo que quepa acentuar en tanto efecto de la modernización del Derecho penal; (...)”.

²¹⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, op. cit., p. 487: “La actual política criminal de casi todos los partidos políticos parece estar regida por una máxima: quien no tiene como premisa ningún principio de Estado de Derecho, tampoco tiene nada que perder. De esta deprimente perspectiva nada bueno cabe esperar para el futuro de la política criminal y el Derecho penal”.

²¹⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, op. cit., pp. 478-479: “Las leyes penales no sirven solamente para los fines instrumentales de la efectiva persecución penal, sino que deben fortalecer los valores y las normas sociales. La discusión política, mediante la atención a grupos de intereses, aterriza en el ámbito de la legislación. Incluso los ‘intereses abstractos del propio Estado’ se dan cita en los caminos de la actividad legislativa. Poder e

influencia pugnan en la lucha por el Derecho. Las reformas de la criminalización son apreciadas en todos los campos políticos en tanto que medio de reafirmación simbólica de valores. También aquellos movimientos políticamente alternativos o anti-estatales que en sus inicios mostraban poca confianza en el Estado y en la Ley figuran hoy entre los propagandistas del Derecho penal y entre los productores activos de leyes. Así, por doquier se sugieren nuevas normas penales e, independientemente de la propia situación en el juego de las mayorías parlamentarias, éstas se ponen en camino legislativo o publicitario. No sólo la normativa penal efectiva, sino también la propuesta de criminalización presentada en el parlamento o discutida de forma extraparlamentaria indican cuáles son las valoraciones sociales especialmente significativas y susceptibles de protección. A la vez la criminalización en concepto de autor apunta al as conductas especialmente impopulares y a los grupos sociales relacionados con ellas; (...)"

CONCLUSIONES

HACIA UNA ESTRATEGIA DE NEUTRALIZACIÓN DEL DISCURSO POPULISTA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

1. Desde los albores de la formulación de la Política criminal como disciplina, siempre ha habido una atención en el plano legislativo, como podemos ver en cuando FEUERBACH¹ le definió como “*arte de legislar*”, o VON KIRCHMANN la trató como “*sabiduría del legislador*”, la idea era complementaria al Derecho penal clásico y dogmático². Infelizmente al largo de los últimos años, se ha perdido la atención con el contexto legislativo de la Política criminal, dejando terreno fértil para el desarrollo de posturas simbólicas y de cuño populista-electoral.

El ejercicio del poder, en el ámbito penal, es uno de los instrumentos más violentos de control social³, debiendo haber un rígido control científico para sus concreciones. Nos parece más que claro que la Política criminal es una de las parcelas del ejercicio del poder estatal, debiendo nortear fundamentada, racional y proporcionadamente, el ejercicio de las concreciones legislativas⁴.

Así, el ámbito político-criminal, el Estado posee estrategias para lograr objetivos – de corto y largo plazo, muchas veces influenciada por corrientes ideológicas de distintos matices, con estrategias y objetivos necesarios para

¹ ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, traducción de Miguel IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Jaén, 1979, p. 2

² VON KIRCHMANN, J. H., *La jurisprudencia no es Ciencia*, traducción de Antonio TRUYOL Y SERRA, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 51.

³ RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005, p. 16.

⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 19-20.

afianzar la seguridad pública⁵, ya que la vida en sociedad implica la adopción de normas que permitan la propia cohesión social⁶.

La influencia ideológica en la definición de una estrategia político-criminal es algo absolutamente normal, ya que es imposible que no haya una impresión de los matices políticos en cualquier ámbito público. La ideología no es el problema, sino las subversiones de contenidos político-ideológicos, y la instrumentalización de los dramas cotidianos, especialmente cuando vueltos a buscar ventajas político-electoral.

2. Siempre habrá quienes rechazan las normas comunes de la sociedad, tratase de un fenómeno natural de la sociedad, vinculado a las condiciones fundamentales de toda vida social, útil para el propio desarrollo de la humanidad⁷. Dentro de ese contexto de normalidad, la Política criminal se encaja como mecanismo de delimitar estrategias del enfrentamiento frente al delito.

El propio VON LISZT, considerado el padre de la Política criminal moderna, le define como un conjunto de métodos racionales en sentido social global, de combatir a la delincuencia, con “un contenido sistemático de principios de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución”⁸.

Cierto es que la Política criminal actúa en las estrategias preventivas y de combate contra la delincuencia, a través de instrumentos que tienen por objetivo

⁵ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 26-27.

⁶ BORJA JIMENEZ, Emiliano. Sobre el concepto de Política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin, *ADPCP*, vol. LVI., 2003, p. 120.

⁷ DURKHEIM, Émile, *Las reglas del Método Sociológico*, Edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 195.

⁸ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASÚA, op. cit., p. 54 y p. 62.

asociarse a la comprensión del fenómeno criminal. Su proceso de construcción es algo extremadamente complejo, con distintos actores oficiales o no que actúan en la hechura, crítica, análisis, iniciativa, verificación constitucional de sus concreciones.

Como cualquier ámbito político del Estado, no hay duda que siempre habrá un relacionamiento con las ideologías engendradas en el Estado, con corrientes orientadoras propias⁹. De todas maneras, una sociedad que posee una Constitución democrática siempre va a poseer principios que deben ser observados y trazan las líneas maestras de esa Política criminal estatal, especialmente la cuestión de la legalidad y proporcionalidad, ya que vivir en un Estado democrático solo es posible con el sometimiento a determinados conjuntos de reglas.

3. En cuanto al principio de legalidad penal, es fundamental para constituir la exigencia que no puede prescindir el legislador para guiar su actuación político-criminal. Es fundamental, ya que la actuación penal es la más radical del Estado, implicando una franca limitación o supresión de Derechos. La legalidad penal es lo que proporciona seguridad suficiente a la administración de la justicia penal¹⁰.

También la proporcionalidad encierra un criterio racional esencial al castigo penal. Hay que haber legalidad, pero también proporcionalidad entre la lesión cometida (o puesta en peligro) y el castigo impuesto al sujeto. El desequilibrio en la proporcionalidad crea la inseguridad de la protección deficiente del bien jurídico, o una sanción exagerada que deja de concretar la seguridad jurídica necesaria para el Estado democrático¹¹.

⁹ DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 26.

¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal*, Parte General. Tomo I. 2ª edición corregida y actualizada. Editorial Tecnos. Madrid, 2015. p. 124 y ss.

¹¹ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996. p. 61.

El principio de proporcionalidad establece un modelo argumentativo crítico de ponderación, que nos parece esencial en términos de la Política criminal postmoderna, especialmente en el contexto de los nuevos discursos y cultura punitivista. Su concepción remonta a ARISTÓTELES¹², y revela, en su sentido amplio, justamente la prohibición del exceso, algo que es plenamente verificable en el contexto del modelo securitario emergido en el contexto posterior al colapso del Estado de bienestar.

La proporcionalidad en sentido estricto, tratase de la representación de un equilibrio en el cual los beneficios obtenidos con la actuación estatal sean superiores a los daños. En definitiva: tratase de una aplicación *coherente* de las normas estatales, preservando el máximo de derechos y garantías fundamentales¹³. Es la verdadera búsqueda del equilibrio y armonía; la ponderación de derechos e intereses en el momento legislativo y en el momento judicial¹⁴.

Nos parece plenamente razonable que el criterio de proporcionalidad sea un límite interesante en la elaboración de la norma penal, de manera complementaria al principio de legalidad. Eso permitiría la vinculación racional de la Política criminal legislativa, y podría establecer criterios mínimos para equilibrar las funciones instrumentales y simbólicas de las normas producidas.

Claro que hay otros principios que son importantes a la Política criminal y a todo el sistema penal, pero a nosotros nos parece muy claro que en el contexto político-criminal de que estamos tratando, con clara influencia de un discurso populista, la manera más razonable sería lanzar mano de la proporcionalidad como criterio complementar a la legalidad.

¹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco. Libro V*. El Cid Editor. Santa Fe, 2004. p. 220-221.

¹³ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO. Editorial Ariel. Barcelona, 1980. p. 409.

¹⁴ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Edersa. Madrid, 1999. p. 114.

4. Ahora bien, nos parece absolutamente clara la influencia del discurso populista en la concreción de la Política criminal postmoderna. Aunque tengamos distintas posturas político-criminales en la actualidad, desde el abolicionismo hasta el Derecho penal del enemigo, lo que parece ser más seductor a los legisladores es la propuesta populista: ganan votos de manera casi inmediata, por la instrumentalización del fenómeno delictivo.

El contexto de la sociedad del riesgo y las discusiones en torno del concepto han permitido la influencia de distintos sectores que, aprovechando el colapso del Estado del bienestar, han vampirizado la discusión, para la formulación y infiltración del contexto y modelo de la Seguridad Ciudadana. Distintas posturas como el Ley y Orden, el Tolerancia Cero han influenciado fuera de las fronteras de los países anglosajones.

En cuanto a la expansión del Derecho penal, el fenómeno está claro. Es imposible que un conjunto de normas que busca cohesión social y regular conflictos graves en la sociedad no experimente una expansión, a la medida que esta sociedad ha ganado en términos de complejidad. Pero nos parece interesante como se ha mezclado conceptos de diferentes matices en torno de la formulación del populismo punitivo, subvertiendo contextos propios de la llamada “Sociedad del riesgo”.

El fenómeno es tan complejo y posee tantos matices que nos parece casi imposible agotar el tema. Pero se puede observar algunos ejemplos muy claros: la idea de defensa social como pensamiento criminológico; el informe “*nothing works*” en Estados Unidos; el colapso del ideal rehabilitador; la discusión sobre sociedad del riesgo y seguridad ciudadana; la creciente influencia de la victimología; la influencia de los medios de comunicación; entre muchas otras.

5. Las grandes cuestiones de seguridad pública no son tratadas en un debate político-criminal profundizado, habiendo una clara exclusión de los expertos de la discusión actual. El Estado acaba por fomentar políticas públicas simbólicas de endurecimiento y satisfaciendo momentáneamente las angustias sociales. Tratase justamente del expansionismo *irracional* del Derecho penal, donde el ámbito de discusión ha pasado por una opinión pública ni siempre bien informada.

El Derecho penal siempre poseerá funciones simbólicas, pero dentro de su instrumental, no puede servirse únicamente para efectos de comunicación de que el “problema está siendo tratado” o de “lucha contra el fenómeno delictivo”. Al largo de la historia, la Política criminal ha experimentado un lento y progresivo desarrollo que hace exigir que sus fundamentos sean concretados de manera técnica y racional, dentro de sus principios fundamentales. El sistema penal no puede servir como mero “*sedativo*” a la ansiedad social, o instrumento de reafirmación del poder estatal.

Hay, además de todo eso, una clara confusión terminológica y técnica. El mal comprendido Derecho penal del enemigo, muchas veces es confundido con las propuestas teóricas irracionales y confusas del populismo punitivo, y su simbolismo, cuando uno no tiene nada que ver con el otro. Las normas concretas en ese ámbito irracional de expansión son confusas, inocuas y contradictorias, tornando el fenómeno aun más contraproducente para los fines a que se dice que destinan.

6. A nosotros nos parece que la base de todo ese desarrollo reciente empezó en los países anglosajones, cuando del recrudecimiento de la Política criminal basada en la teoría del *Broken Windows*, y la pérdida de confianza en el ideal rehabilitador propio del *Welfarismo* penal¹⁵.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 95-96.

Vivimos una auténtica civilización del espectáculo, donde los medios asumen el protagonismo en la decisión de la agenda de debate público y político. Los políticos, especialmente los legisladores, interesados en obtener votos, acaban por instrumentalizar el fenómeno de la inseguridad ciudadana, creando verdaderos *placebos* en forma de leyes penales simbólicas, únicamente orientados al *marketing* de sus programas político-criminales. La retórica pública y la demagogia política acaban siendo los hilos conductores de esa Política criminal populista.

Eso todo pasa por la crisis de los modelos tradicionales de Política criminal, que permitieron la infiltración del modelo de seguridad ciudadana, que ha introducido una nueva cultura punitiva en el ámbito de discusión político-criminal, promoviendo la citada ruptura con los expertos y la concreción de medidas simbólicas con efectos claramente populistas y electorales. Todo eso basado en el contexto del sentimiento colectivo de inseguridad, el alarmismo social, influenciado por los medios de comunicación de masas.

El miedo al delito es algo normal. La libertad de prensa, de información y del debate es algo extremadamente importante para la sociedad y sin duda una base del Estado democrático, son garantías fundamentales. Pero hay que tener cuidado con las distorsiones y la espectacularización del delito en los medios de comunicación, que acaban distanciando aún más los agentes responsables por la Política criminal de la realidad empírica y fáctica de la sociedad¹⁶.

Las discusiones sobre el tema, así, acaban siendo totalmente simplificadas, cuando seguramente es uno de los temas más complejos de la actualidad: pasase a creer que el simple endurecimiento punitivo es suficiente para resolver el problema de la inseguridad. Se olvida de muchos postulados

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1, Barcelona, 2013, p. 5.

básicos del sistema penal, de sus principios basilares, de los efectos, de la instrumentalización, para concretar políticas públicas simbólicas, que pueden parecer tener efectos inmediatos, pero al largo plazo son simplemente inocuos, y con altísimos costos sociales.

7. Así, las víctimas, grupos de víctimas, medios de comunicación, opinión pública, acaban siendo los grandes interlocutores de la Política criminal actual, mientras los expertos están al margen de la discusión. En un ambiente donde, en la mayoría de los países, falta confianza en las instituciones políticas (partidos, el propio Estado, etc., el propio ambiente propicio al desarrollo de políticas populistas), los políticos oportunistas encuentran terreno fértil para la concreción de políticas simbólicas de fines populistas.

La vinculación entre opinión pública y democracia es estrecha. No queremos aquí que parezca que nuestra intención es limitar de alguna forma los medios de comunicación y el propio ejercicio de la politización o de la opinión pública – de ninguna manera. Lo que si criticamos es la instrumentalización de esos importantes actores sociales. Nos parece que la sustitución de los expertos por una idea de “*sentido común social, informado por los medios*” empobrece el debate político-criminal y permite el fetichismo del endurecimiento punitivo si conocimiento de sus bases, resultando en una Política criminal simbólica y sin aplicabilidad práctica o racionalidad.

Hay un ideal de satisfacer las más superficiales demandas populares, metiendo los políticos en atolondrada carrera por demostrar quién es el más duro ante el fenómeno delictivo, y eso resulta incluso en la pérdida de sus propias identidades ideológicas. Hoy el populismo punitivo es de derechas, de izquierdas, de centro. Todos los partidos políticos convergen a la misma plataforma electoral: la “*lucha*” contra el delito, independiente de los costes sociales y sin levar en conta los propios fundamentos básicos de la Política criminal y la opinión de expertos. El debate parlamentario muchas veces siquiera

existe, las decisiones son tomadas con urgencia, y propagandeadas a los cuatro vientos para obtener dividendos electorales.

8. Hay que rescatar las bases empíricas de la Política criminal, reducir el contexto emotivo del discurso político-criminal. Para eso, un primero paso sería volver los expertos al debate, lo que infelizmente no lograría efectos inmediatos, y la paciencia no es la mayor característica de los ambientes donde impera la histeria colectiva. Pero hay que comprenderse que la Política criminal racional no puede ser hecha basada en inmediatismos.

El Derecho penal que resulta de esa Política criminal populista y sin bases empíricas carece de confiabilidad, credibilidad, legitimidad. Es simbólico, no posee en su instrumental medidas de concreción para la seguridad pública, sino es el vehículo de expresión del deseo de venganza y la instrumentalización de sentimientos sociales cargados de rabia, ira, miedo al delito.

La pena criminal es algo violento, y no deja de poseer efectos simbólico-educativos, pero sin el instrumental basilar de sus fundamentos, sin finalidades claras para la cohesión social a largo plazo, tratase simplemente de una concreción populista de efectos únicamente a corto plazo, careciendo de efectividad.

9. Pero, ¿cómo buscar la neutralización de ese discurso populista en la intervención punitiva? A nosotros nos parece que la primera estrategia importante sería la creación de criterios razonables que deberían orientar las concreciones legislativas dentro del Estado. Para eso, esencial que vuelvan los expertos a la discusión, pues solo así se crearía barreras para impedir la infiltración de discursos emotivos de los “*gestores atípicos de la moral*”, medios de comunicación, opinión pública, etc.

No nos parece que la población deba ser excluída del debate. Claro que los grupos de víctimas, los propios medios de comunicación y otros actores secundarios tienen legitimidad para participar de discusiones que dicen respecto a políticas públicas, pero el filtro de los expertos es esencial para impedir la concreción de una Política criminal emotiva, endurecida y irracional.

Nos parece esencial un nivel de intermediación, una verdadera mediación entre Política y Derecho. DIEZ RIPOLLÉS en su libro “*La racionalidad de las leyes penales*”¹⁷ propone justamente un modelo racional de legislación penal, para legitimar la adopción de concretas decisiones, aunque sean controvertidas. El autor apunta el criterio ideal proyectado por SILVA SÁNCHEZ¹⁸, tratando justamente de la determinación de premisas valorativas y control de racionalidad en un consenso intersubjetivo entre la comunidad científica, lo que ciertamente podría ayudar a retirar el carácter únicamente emocional que pauta la discusión político-criminal actual.

10. Nos parece claro la necesidad de obtención de un consenso valorativo y de la racionalidad. Los criterios de proporcionalidad pueden servir como base informativa de esa construcción, hasta por su carácter constitucional, oriundo del propio Estado de Derecho, pudiendo informar las decisiones legislativas en materia penal, además de la exigencia de estricta legalidad.

El principio de proporcionalidad, o prohibición del exceso, sería un mecanismo extremadamente interesante para anclar un modelo racional de Política criminal, a través de sus tres elementos diferenciados: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, incluida la exclusiva protección de bienes jurídicos.

¹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

¹⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, op. cit., 2003, p. 168.

Compartimos, así, del entendimiento de la profesora AGUADO CORREA¹⁹, que atribuye al principio de proporcionalidad un papel central como límite de incriminación de conductas por parte del legislador, y, además, en su manifestación concreta, también debe ser seguido en la aplicación del Derecho (momento judicial), limitando una eventual concreción populista en las decisiones judiciales – el llamado “activismo judicial”, también situación que verificamos en la actualidad.

La autora establece niveles en el proceso de incriminación de una conducta, y la proporcionalidad aportaría el criterio entre el ilícito y la pena prevista. Así se podría vincular referencias utilitario-pragmáticas y valorativas en cualquier ámbito de incriminación, permitiendo atender a necesidades sociales con criterios razonables y revestir las normas penales de la legitimidad necesaria para tener tanto sus efectos instrumentales, como sus efectos simbólicos.

El criterio propuesto por la profesora AGUADO no está exento de críticas, como por ejemplo la dificultad de haber una precisión conceptual entre los subprincipios de la proporcionalidad, que poseen algún grado de vaguedad²⁰, pero nos parece un criterio razonable y que podría ayudar en mucho a mejorar los criterios racionales en la legislación penal, y frenar el endurecimiento populista que asistimos en la actualidad.

La verdad es que nos parece que cualquier criterio de racionalidad tendría espacio para críticas. A nosotros nos parece que la proporcionalidad es un criterio interesante, al menos para frenar el estado de cosas actual, ya que impediría el recrudescimiento, por direccionar justamente las normas a un criterio de ponderación entre la violencia de la pena criminal y el propio efecto nocivo que el delito crea en la sociedad.

¹⁹ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Edersa. Madrid, 1999.

²⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 130-131.

La actual infiltración de la cultura punitivista en la Política criminal nos parece justamente carecer de proporcionalidad, así el rescate de ese criterio estaría de acuerdo con el propio desarrollo científico de la Política criminal y la Dogmática jurídico-penal.

Lo que nos parece absolutamente claro es que no se puede admitir la utilización del sistema penal como instrumento para hacer política populista, a través de la creación de ilusión de combate a la criminalidad, cuando solamente actúa para crear una falsa sensación de seguridad, sin efectos prácticos a largo plazo.

Así, es preciso neutralizar el endurecimiento penal populista. La infiltración del discurso populista en la intervención punitiva tiene efectos dañosos, contraproducentes y carecen de base racional. Un Derecho penal de bases populistas no crea armonía social: sus efectos simbólicos en la sociedad crean ventajas solamente a los políticos oportunistas que aprovechan de la alarma social para perpetuarse en sus mandatos, retroalimentando el sistema a través de un *marketing* político que tendrá condiciones de crear la verdadera seguridad de que necesitamos para la vida en sociedad.

Como en el libro del ganador del premio Nobel, José SARAMAGO, *“Ensaio sobre a cegueira”*²¹, donde el autor portugués juega con la metáfora de la ceguera para hacer una crítica a la sociedad, *“...estamos ciegos y no conocemos la razón de eso, somos ciegos que ven, pero, viendo, no vemos nada”*.

El mismo autor, en el mismo libro²², también dice que *“no nos vemos si no salimos de nosotros”*. O sea: hay que intentar tener una visión de la sociedad

²¹ SARAMAGO, José, *Ensaio sobre a cegueira*, Companhia das Letras, São Paulo, 2008.

²² SARAMAGO, José, *Ensaio sobre a cegueira*, op. cit.

desde a fuera, para comprender a que punto hemos llegado en términos de control social y de inserción del punitivismo exagerado en el propio ámbito del Estado.

Es hora de la sociedad empezar a *ver* la realidad de ese discurso perverso y contraproducente. Hay que neutralizarle, o llegaremos al punto del verdadero totalitarismo político-criminal, y cuando ese llegue, ya no podremos librarnos de la ceguera deliberadamente provocada por el discurso populista.

Hay que crearse un Derecho penal que sea eficiente y pueda dar respuestas a la sociedad en cuanto a su preocupación hacia el delito, pero la ponderación – que nos parece, deba ser *proporcional* – hay que respetar los principios y garantías del Estado de Derecho²³.

La desintegración de esas garantías y postulados básicos de la cohesión social, la renuncia del propio carácter fragmentario de ese medio radical de control social, dejaría la sociedad al margen del control de los propios agentes conductores de esa Política criminal populista, no que seguramente no consiste en un beneficio para la sociedad moderna.

²³ ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho Penal en la intervención de la Política Populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 472 y ss.

BIBLIOGRAFIA

ACALE SÁNCHEZ, María, *Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio constitucional de proporcionalidad*. Edersa. Madrid, 1999.

AIRA FOIX, Toni, *Los spin doctors, Cómo mueven los hilos los asesores de los líderes políticos*, Editorial UOC, Barcelona, 2009.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho Penal en la intervención de la Política Populista*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000.

_____, Peter-Alexis, *La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Código penal y política criminal*, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

_____, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

_____, Francisco Javier, “La nueva reforma penal de 2013”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 6, marzo-agosto 2014, pp. 16-71.

ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, Catriel, Madrid, 1995.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2ª edición. Akal, 1986.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción de Julián MARÍAS y, María ARAUJO, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

ARMAZA GALDÓS, Julio, *El condicionamiento cultural en el Derecho penal peruano*, en DIEZ RIPOLLES, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR.

ARNOLD, Jörg, *La 'superación' del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho*, in *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000.

ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán, *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: en análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

_____, Enrique, *Los procesos de desvictimación y sus condiciones y obstáculos*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Hammurabi. Buenos Aires, 2004.

BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.

BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, introducción a la sociología jurídico-penal, traducción de Álvaro BÚNSTER, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004.

_____, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.

_____, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, traducción de Mauricio MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995.

BARBERET, Rosemary, *La prevención de la victimación*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*.

BARBERO SANTOS, Marino, *Presentación*, en DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

BARCELONA, Pietro, *La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna*, in PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.) *Mutaciones de Leviatán*. Legitimación de los nuevos modelos penales, Ediciones Akal, Madrid, 2005.

BASÍLICO, Ricardo, *La comprensión de la norma como garantía en el Sistema penal*, (La cuestión de la diversidad cultural en el Derecho penal latinoamericano de hoy), en DIEZ RIPOLLES, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR.

BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, traducción de Pablo HERMIDA LAZCANO, Paidós, Buenos Aires, 2005.

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Hacia una nueva modernidad, traducción de Jorge NAVARRO, Daniel JIMÉNEZ y Maria Rosa BORRAS, Ediciones Paidós, Barcelona, 1998.

_____, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, traducción de Bernardo MORENO y Maria Rosa BORRAS, Ediciones Paidós, Barcelona, 2008.

_____, Ulrich, GIDDENS, Anthony, y LASH, Scott, *Modernización reflexiva*, Política, tradición y estética en el orden social moderno, versión española de Jesús ALBORES, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

_____, Ulrich, *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*, traducción de Maria Ángeles SABIOTE GONZÁLEZ y Yago MELLADO LÓPEZ, *Serie Dinámicas interculturales*, CIDOB edicions, Barcelona, 2007.

BECKETT, Katherine, *Making crime pay*, Law and order in contemporary American politics, Oxford University Press, New York, 1997.

BENTLEY, Arthur F., *The process of Government: A study of social pressures*, Transaction Publisher, New Brunswick, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al. Curso de Derecho penal*, Parte General. Ediciones Experiencia. Barcelona, 2004.

_____, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Editorial Comares, Granada, 2005.

BERGALLI, Roberto, *Panico social y fragilidad del Estado de Derecho*, Conflictos instrumentales entre Administración y jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del “sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria), en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado.

BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA José Luis (directores), *Victimología*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

_____, Antonio, *La victimología desde una epistemología teológica y criminológica*, en BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA José Luis (directores), *Victimología*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

_____, Antonio, *Transformación del Derecho penal y la criminología hacia la victimología*, (dignidad ético-mística de las macrovíctimas), ARA Editores, Lima, 2008.

BERNABÉ, Alberto, *Democracia y religión clásicas*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2015.
BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho Penal comparado*, la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental, Atelier, Barcelona, 2011.

BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, Profesado en la Universidad de Santo Domingo de abril a junio de 1940, Editora Montalvo, Trujillo.

BESTE, Hubert y VOB, Michael, *Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad*, traducción de Ricardo ROBLES PLANAS, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000.

BINDER, Alberto M., *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de Política*, Vol. 2, 12ª edição, Tradução de Carmen C. VARRIAEL, Gaetano LO MÔNACO, João FERREIRA, Luis Guerreiro Pinto CACAIS e Renzo DINI, Editora UNB, Brasília, 2004.

_____, Norberto, *Thomas Hobbes*, traducción de Manuel ESCRIVA DE ROMANI, Plaza & Janes Editores, Barcelona, 1991.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política criminal*, 2ª edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

_____, Emiliano. “Sobre el concepto de Política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, *ADPCP*, vol. LVI., 2003.

_____, Emiliano, “Globalización y concepciones del Derecho penal”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXIX (2009).

_____, Emiliano. “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal”, *ADPCP*, vol. LI., 1998.

BOTELLA CORRAL, Joan, *Introducción*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

_____, Joan, PERES-NETO, Luiz, *La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, BOTELLA CORRAL, Joan, *Malas noticias*, Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la Exclusión*. El Sistema Penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación, Editorial Comares, Granada, 2007.

_____, José Ángel, *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União. Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. *Lei n. 7.209, de 11 de Julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 13 de julho de 1984.

_____. *Lei 12.846*, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, Diário Oficial da União. Brasília, 2 de agosto de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 104.410/RS*. Consulta en 28 de mayo de 2013. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>.

_____, STF, RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953).
BROWNE, William P., *Groups, interests and U.S. Public Policy*, Georgetown University Press, Washington, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1995.

_____, Juan y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro*, (hacia un sistema penal de alternativas), Editorial PPU, Barcelona, 1993.

BUTLER, Judith, LACLAU, Ernesto y ZIZEK, Slavoj, *Contingencia, hegemonía, universalidad*, Diálogos contemporáneos en la izquierda, traducción de Cristina SARDOY y Graciela HOMS, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

CABRERO PIQUERO, Javier; FERNÁNDEZ URIEL, Pilar, *Historia Antigua II*. El mundo Clásico. Historia de Roma, UNED, Madrid, 2015.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARBONELL, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008.

_____, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi FERRAJOLI, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

CASTIÑERA, Maria Teresa, RAGUÉS, Ramon, “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n. 14 (2004).

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CHEN, Elsa Y., “Impacts of ‘Three Strikes and You’re Out’ on Crime Trends in California and Throughout the United States”, in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Volume 24, Number 4.

CHEVIGNY, Paul., “The populism of fear. Politics of crime in the Americas”, in *Punishment & Society*, Vol 5 (1).

CHRISTIE, Nils, *El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias* in *El poder punitivo del Estado*, editorial Juris, Rosario, 2000.

CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas, explicación y prevención de la delincuencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

COHEN, Stan, *Introducción*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989.

COLINA RAMÍREZ, Edgar Ivan, *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo*, Bosch Editor, Barcelona, 2014.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, en *Revista de Derechos fundamentales*, Universidad Viña del Mar, N. 8, 2012.

CURBET, Jaume, *El rey desnudo*, La gobernabilidad de la seguridad ciudadana, Editorial UOC, Barcelona, 2009.

_____, Jaume, *Un mundo inseguro*, La seguridad en la sociedad del riesgo, Editorial UOC, Barcelona, 2011.

CURZIO, Leonardo, *El narcotráfico y la democracia en América Latina*, en DEL ALCÁZAR, Joan, *Historia actual de América Latina, 1959-2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DADER, José Luís, “La retórica mediática frente a la cultura política autóctona: la encrucijada de la comunicación política electoral española entre la ‘americanización’ y el pluralismo democrático tradicional”, en *Cuadernos de Información y Comunicación*, 4.

DAEMS, Tom, “Engaging with penal populism, the case of France”, *Punishment & Society*, Vol 9 (3).

DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, Estrategias y prácticas de la sociedad del control, Traducción de Iñaki RIVERA y Marta MONCLÚS, Virus Editorial, Barcelona, 2005.

DE LA TORRE, Carlos, *Los significados ambiguos de los populismos latinoamericanos*, en ÁLVAREZ JUNCO, José y GONZÁLEZ LEANDRI, Ricardo, *El populismo en España y América*, Catriel, Madrid, 1995.

DE SOUZA, Elenice, Miller, Joel, “Homicide in the brazilian Favela. Does opportunity make the killer?”, in *British Journal of Criminology*, 2012, 52.

DEL ALCÁZAR, Joan, *Historia actual de América Latina, 1959-2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, traducción de Marino BARBERO SANTOS, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

DÍAZ, Elias, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, 8ª edición, Tauros, Madrid, 1983.

DÍAZ ARANDA, Enrique (editor), *Problemas fundamentales de Política criminal y Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

DÍAZ DE ARCE, Omar, *Contradicciones Interimperialistas en América Latina entre las dos guerras mundiales (1917-1939)*, en GONZÁLEZ NAVARRETE, Eurídice, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo.*

_____, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”: un debate desenfocado, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-01 (2005).

_____, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACIA MARTÍN, Luis e HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (editores), *La ciencia penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

_____, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, 75º aniversario del Código Penal, Varios Autores, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

_____, José Luis. “La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la Política criminal comparada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-12, 2011.

_____, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

_____, José Luis, *La Política criminal en la encrucijada*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007

_____, José Luis, *Política criminal y Derecho penal: Estudios*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

_____, José Luís, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa.

_____, José Luis, *Un modelo dinámico de legislación penal*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR.

_____, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-03, 2004.

_____, José Luis, “El abuso del sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-01, 2017.

DONINI, Massimo, *La relación entre Derecho penal y Política: Método democrático y método científico*, traducción de Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, in ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán, *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: en análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

DURKHEIM, Émile, *Las reglas del Método Sociológico*, edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Duckworth. London, 1978.

EGGERS-BRASS, Teresa, *Historia III: la formación de los estados nacionales en América Latina en el contexto mundial del siglo XIX*, Editorial Maipue, Ituzaingó (Buenos Aires), 2010.

EL PAÍS ONLINE, La Cuarta Página, *Virtudes y peligros del populismo*, http://elpais.com/elpais/2014/11/04/opinion/1415132749_364183.html, c. 24/02/2017.

EL PAÍS (BRASIL) ONLINE, Internacional, *De Trump a Maduro: o que é exatamente o populismo?*, http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/14/internacional/1479150607_282338.html, c. 08/03/2017.

EL PAÍS, Opinión, *¿De qué seguridad hablamos?*, 25 octubre de 2002, http://elpais.com/diario/2002/10/25/opinion/1035496809_850215.html, c. 04/05/2017.

ELLISTON, Frederick, BOWIE, Norman, *Ethics, Public Policy, and Criminal Justice*, Oelgeschlager, Gunn, & Hain, Publishers, Inc., Cambridge, Massachusetts, 1982.

ESPAÑA. Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado. 29 de diciembre de 1978.

_____. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 55/1996*, de 28 de marzo de 1996. Consulta: 28 de mayo de 2013. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3107>.

FALCÓN Y TELLA, Maria José y FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un Derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FARALDO CABANA, Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

_____, Patricia, *Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, en FARALDO CABANA, Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*.

FARRALL, Stephen, BANNISTER, Jon, DITTON, Jason, GILCHRIST, Elizabeth, “Social psychology and fear of crime” Re-examining a speculative model, *British Journal of Criminology*, Vol 40, 2000.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio de proporcionalidade*, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008.

FERNANDÉZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, “Sobre los peligros del punitivismo”, El fenómeno de la encarcelación masiva en Estados Unidos, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 3/2013, Barcelona.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Andrea GREPPI, 8ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

_____, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ

MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARERO BANDRÉS, editorial Trotta, Madrid, 1995.

_____, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 5ª edición, Editorial Trotta, 2014, Madrid.

FERREIRA, Rui Miguel Zeferino, “Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas”: regulamentação e supervisão através do Estudo do sistema dos Estados Unidos da América, em *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, Santiago de Compostela, 2015.

FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Tomo I, traducción de Antonio SOTO Y HERNÁNDEZ, Centro Editorial de Góngora, Madrid.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ZAFARRONI, Eugenio Raúl (dirección), GUZMÁN DALBORA, José Luis (coordinación), *El penalista liberal*, Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

FLETCHER, George, *El lugar de las víctimas en la teoría de la retribución*, en SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITTWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal.

FISCHL, Johann, *Manual de Historia de la Filosofía*, traducción de Daniel RUIZ BUENO, Herder, Barcelona, 2002.

FIVETHIRTYEIGHT, Politics, *From Wallace to Trump*, The Evolution of the “Law and Order”: <https://fivethirtyeight.com/features/from-wallace-to-trump-the-evolution-of-law-and-order/>, c. 12/04/2017.

FOCÁS, Brenda, “Inseguridad:” En busca del rol de los medios de comunicación, *La Trama de la Comunicación*, Vol. 17, enero a diciembre de 2013.

FONSECA, David S., “Expansion, standardization, and densification of the criminal justice apparatus: Recent developments in Brazil”, in *Punishment & Society*, 2017.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio GARZÓN DEL CAMINO, 8ª edición, Siglo XXI Editores, Madrid, 1992.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007.

FROST, Natasha, *Punitive State: Crime, Punishment, and Imprisonment across United States*, LFB Scholarly Publishing LLC, New York, 2006.

FUENTES OSORIO, Juan L, Los medios de comunicación y el Derecho Penal, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-16, 2005.

GALEANO, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015.

GARCÍA ARAN, Mercedes, BOTELLA, Joan (directores), *Malas Noticias*, Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

_____, Mercedes, PERES-NETO, Luiz, *Discursos mediáticos y reformas penales e 2003*, en GARCÍA ARAN, Mercedes, BOTELLA, Joan (directores), *Malas Noticias*, Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología: Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, 2ª Edición Corregida y aumentada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

_____, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. 4ª edición. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.

GARLAND, David. *Castigo y Sociedad Moderna*, un estudio de teoría social. Traducción de Berta RUIZ DE LA CONCHA, Siglo Veintiuno Editores, México, 1999.

_____, David, *La cultura del control*, crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción de Máximo SOZZO, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.

_____, David, “The culture of high crime societies” Some preconditions of recent ‘Law and Order’ policies, *British Journal of Criminology*, Vol 40, 2000.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 4ª edición, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

GIL, Fernando, *La exclusión social*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002.

GIL GIL, Alicia, *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

_____, Enrique, “¿Tiene un futuro la Dogmática Juridicopenal?”, in *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1990.

GIUNTA, Fausto, *¿Qué justificación para la pena? Las modernas instancias de la Política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.

GOMES, Luiz Flávio, *Globalización y Derecho Penal*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Libertad, seguridad y ‘sociedad del riesgo’*, in MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *La Política criminal en Europa*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.

_____, Víctor, *Cultura del control, sociedad del riesgo y Política criminal*, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador) *Política criminal y Reforma penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007.

_____, Víctor, *El Derecho penal de Autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ NAVARRETE, Eurídice, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

GONZALO IGLESIA, Juan Luis, “La teoría de la comunicación de riesgo”, en *III Congreso AE IC: Comunicación y Riesgo*, Tarragona, 18-20 enero 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis, *¿Qué es modernización del Derecho Penal?*, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACIA MARTÍN, Luis e HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (editores), *La ciencia penal ante el nuevo siglo*,

libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

GRECO, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal, traducción de Paola DROPULICH y José R. BÉGUELIN, Marcial Pons, Madrid, 2015.

HABERMAS, Jürgen, *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, Polity Press, Oxford, 1996.

_____, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, La transformación estructural de la vida pública, traducción de DEMÉNECH, Antonio, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1994,.

_____, Jürgen, *La inclusión del otro*, Estudios de teoría política, traducción de Juan Carlos VELASCO ARROYO y Gerard VILAR ROCA, Paidós, Barcelona, 1999.

HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, Traducción de Patricia S. ZIFFER, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

_____, Winfried, *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, traducción de Elena LARRAURI, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena.

_____, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

_____, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLA, en *Revista Penal*, año 1, número 1, Editorial Praxis, Barcelona, 1998.

_____, Winfried, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

HERNÁNDEZ, Ivo, HURTADO, Héctor, “El populismo: una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos”, en *Cuaderno de Ciencias Sociales 156*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Costa Rica.

HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Compendio de victimología, Edersa, Madrid, 1996.

_____, Myriam, *Victimización*, Aspectos generales, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*.

_____, Myriam, *Sobre víctimas y victimidad*. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, María Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*.

_____, Myriam, *Publicidad y control penal*. Nuevas estrategias inocuidadoras en la postmodernidad penal, Editora Jurídica Griley, Lima, 2002.

HERZOG, Felix, *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*, traducción de Enrique ANARTE BORRALLA, en *Revista Penal*, año 2, número 4, Editorial Praxis, Barcelona, 1998.

_____, Felix, *Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.

HINDS, Lyn, Challenging current conceptions of law and order, *Theoretical Criminology*, Volume 10, Number 2, Sage Publications, may 2006.

HIRSCH, Hans Joachim, *Problemas actuales de la legislación penal propia en un Estado de Derecho*, en FIGUEIREDO DIAS, Jorge, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ZAFARRONI, Eugenio Raúl (dirección), GUZMÁN DALBORA, José Luis (coordinación), *El penalista liberal*, Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

HOBBS, Tomas, *Leviatán*, traducción de Antonio ESCOHOTADO, Editora Nacional, Madrid, 1979.

HOPE, Tim, BRYAN, Jane, TRICKETT, Alan, OSBORN, Denise R., “The phenomena of multiple victimization” The relationship between personal and property crime risk, *British Journal of Criminology*, Vol 41, 2001.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Política penal en el Estado democrático*, in *El Poder Penal del Estado*, homenaje a Hilde KAUFMANN, Directores y compiladores: Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

HOSPERS, John, *La conducta humana*, traducción de Julio CERON, editorial Tecnos, 1979, Madrid.

HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989.

_____, Louk, *El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas*, en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, 2000.

INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000.

ISMAILI, Karim, Contextualizing the Criminal Justice Policy-Making Process, *Criminal Justice Policy Review*, Volume 17, Number 3, Sage Publications, September 2006.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

_____, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal*, expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo, edición de Miguel POLAINO-ORTS, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.

_____, Günther, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, traducción de Teresa MANSO PORTO, en JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*.

_____, Günther, *Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en, JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal*, expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo, edición de Miguel POLAINO-ORTS, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.

_____, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 2003.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal – La Ley y el Delito*, 3ª edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958.

_____, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

JONES, Richard, Populist leniency, crime control and due process, *Theoretical Criminology*, Volume 14, Number 3, Sage Publications, London, 2010.

KAISER, Axel y ÁLVAREZ, *El engaño populista*, Por qué se arruinan nuestros países y cómo rescatarlos, Deusto.

KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, traducción de Joaquín ABELLÁN, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

KARCH, Andrew, CRAVENS, Matthew, “Rapid Diffusion and Policy Reform: The Adoption and Modification of Three Strikes Laws”, in *State Politics & Policy Quarterly*, 2014.

KARGL, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho*, Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena, traducción de Ramón RAGÚES I VALLES, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Edición española del área de Derecho Penal de La Universidad Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, 2000.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis VILLAR BORDA y Ana María MONTOYA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis LEGAZ LACAMBRA, Editorial Labor, Barcelona, 1934.

KEY, V. O., *Politics, parties & pressure groups*, Thomas Y. Crowell Co., 5th edition, New York, 1964.

KHULEN, Lothar, *El Derecho penal del futuro*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, IB de F Editores, Buenos Aires, 2011.

LACLAU, Ernesto, *Estructura, historia y lo político*, en BUTLER, Judith, LACLAU, Ernesto y ZIZEK, Slavoj, *Contingencia, hegemonía, universalidad*, Diálogos contemporáneos en la izquierda, traducción de Cristina SARDOY y Graciela HOMS, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

_____, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2012.

LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1927.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO. Editorial Ariel. Barcelona, 1980.

LARRAURI PIJOAN, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.

_____, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 3a edición, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2000.

LINZ, Juan J., *La quiebra de las democracias*, versión española de Rocío DE TERÁN, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, en CARBONELL, Miguel (coordinador). *El principio de proporcionalidad y la protección de los Derechos fundamentales*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Aguascalientes, México, 2008.

LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, traducción de Javier TORRES NAFARRATE, 2ª edición, Editorial Herder, México, 2005.

_____, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, traducción de Javier TORRES NAFARRATE, Herder, Ciudad de México, 2006.

_____, Niklas, *Poder*, traducción de Luz Mónica TALBOT, Editorial Anthropos, Barcelona, 1995.

LUNA CASTRO, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección: En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2009.

LUKACS, John, *Democracy and populism: Fear and Hatred*, Yale University Press, New Haven, 2005.

MAÑALICH R., Juan Pablo, *Pena y ciudadanía*, en KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2011.

MARONGIU, Pietro y NEWMAN, Graeme, *Vengeance: The Fight Against Injustice*, Rowman & Littlefield Publishers, Totowa, New Jersey.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales* (especial referencia al ámbito económico), en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR.

MAZZACUVA, Nicola, *El futuro del Derecho penal*, traducción de Miguel Ángel RODRÍGUEZ ARIAS, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*.

MEDINA, Juanjo, “Criminología y política criminal: la necesidad de un foro de discusión”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, REIC, Int-03, 2003.

MIETHE, Terance D., STAFFORD, Mark C., LONG, Scott J., “Social differentiation in criminal victimization”: A test of routine activities/lifestyle theories, *American Sociological Review*, Vol. 52, No. 2, April, 1987.

MILITELLO, Vincenzo, *Dogmática penal y Política criminal desde una perspectiva europea*, in ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coords.) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

MILLER, Lisa L., Power to the people: Violent victimization, inequality and democratic politics, *Theoretical Criminology*, Volume 17, Number 3, Sage Publications, London, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2005.

_____, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

_____, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), *La Política criminal en Europa*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.

_____, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador) *Política criminal y Reforma penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007.

_____, Santiago, *Contexto internacional y español de la contrarreforma del Derecho Penal español*, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu

(Directores), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coordinador), *Política criminal y reforma penal*, IB de F, Buenos Aires, 2007.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El populismo penal (Análisis crítico del modelo penal securitario)”, *Jueces para la democracia*, n. 58, marzo, 2007.

MOMMSEN, Theodor, *El Derecho Penal Romano*, primera parte, traducción de Pedro DORADO MONTERO, La España Moderna, Madrid, reimpresión por Analecta Editorial, Pamplona.

MONTESQUIEU, *L'Esprit ds lois* (1748), L. XI, ch III. Citado por DELMAS-MARTY, Mireille, *Modelos actuales de Política criminal*, op. cit.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho, *O discurso do telejornalismo de referência: Criminalidade violenta e controle punitivo*, Ibccrim, São Paulo, 2007.

NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, ‘Reconfiguración’ del sistema de fuentes del Derecho penal y ‘amenaza de crisis’ del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización, en FARALDO CABANA, Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*.

NEUMANN, Ulfrid, *Alternativas al Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

ORWELL, George, *1984*, tradução de HUBNER, Alexandre e JAHN, Heloísa, Companhia das Letras, São Paulo, 2003.

PANTAZIS, Christina, “‘Fear of crime’, vulnerability and poverty” Evidence from the British Crime Survey, *British Journal of Criminology*, Vol 40, 2000.

PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, La nueva retórica, traducción de Júlia SEVILLA MUÑOZ, Editorial Gredos, Madrid, 1989.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Derecho penal de la excepción*, Terrorismo e inmigración, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PETERS, Tony, *Criminología y Victimología*, en BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA José Luis (directores), *Victimología*.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?* *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, número 3, pp. 515-546, 2004.

PLÁCIDO, Domingo, *Sofística, retórica y democracia*, en SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2009.

PLATÓN, *La República*, El Cid Editor, Santa Fe.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

_____, Miguel, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR.

_____, Miguel, *Victimología y criminalidad violenta en España*, en *Estudios penales en memoria del Prof. Dr. Agustín FERNÁNDEZ ALBOR*, Instituto de Criminología y Seminario de Derecho Penal, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Mergablum, Sevilla, 2012.

POLITICO MAGAZINE, History dept., *How Trump is Recycling Nixon's Law and Order Playbook*, Almost 50 years ago, Nixon used fear of crime to tap into a broad array of popular anxieties. Today, even with crime at all time lows, Trump's trying the same: <http://www.politico.com/magazine/story/2016/07/donald-trump-law-and-order-richard-nixon-crime-race-214066>, c. 12/04/2017.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

_____, Guillermo, *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*. El Tribunal Especial para la represión de la masonería y el comunismo, Editorial Comares, Granada, 2009.

_____, Guillermo, *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de HABERMAS sobre selección de los intereses penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán

(coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.

_____, Guillermo (coord.) *Mutaciones de Leviatán*. Legitimación de los nuevos modelos penales, Ediciones Akal, Madrid, 2005.

_____, Guillermo, *Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal*, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coordinador), *Mutaciones de Leviatán*, legitimación de nuevos modelos penales.

POSNER, Richard, *The economics of justice*, Harvard University Press, London, 1981.

PRITTWITZ, Cornelius, *El Derecho Penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?*, Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal, traducción de María Teresa CANTINERA PALOU, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT, *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Edición del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt.

_____, Cornelius, *Sociedad de riesgo y Derecho Penal*, traducción de Adán NIETO MARTÍN y Eduardo DEMETRIO CRESPO, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.

_____, Cornelius, *La resurrección de la víctima en la teoría penal*, en SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITTWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal, Traducción de Luis Miguel REYNA ALFARO, Editora Jurídica Griley, Lima, 2005.

PUNCH, Maurice, *Zero tolerance policing*, The Policy Press, Bristol, 2007.

Q. WILSON, James, L. KELLING, George, Broken windows: The Police and Neighborhood Safety, *Atlantic Monthly*, 249 (3), 1982.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho penal. Parte General*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1996.

_____, Gonzalo, *La víctima y el Derecho penal*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

_____, Gonzalo, *Los delitos de riesgo en la Política criminal de nuestro tiempo*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo, *La belleza de los monstruos*, Acerca de qué es el populismo y por qué hay que tenerle miedo, Bosch, Madrid, 2015.

RAMOS MEJÍA, Enrique, *Desincriminación, despenalización, desjudicialización*, in *El Poder Penal del Estado*, homenaje a Hilde KAUFMANN, Directores y compiladores: Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual*, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RANDO CASERMEIRO, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, en *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 1/2010, Barcelona.

RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel, “La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998.

RAWLS, John, *Liberalismo Político*, traducción de Sergio Rene MADERO BÁEZ, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (23.^a edición). Espasa, Madrid, 2014.

REGIS PRADO, Luiz, *La tutela del patrimonio genético en el Derecho Penal brasileño*, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luiz, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACÍA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMARÁ, Juan Felipe (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al Profesor Doctor Don José CEREZO MIR.

REYNA ALFARO, Luis Miguel *Estudio final: la víctima en el Sistema penal en* SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITTWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005.

_____, Iñaki, *Principios orientadores del constitucionalismo social*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas.

_____, Iñaki (Coordinación), *El populismo punitivo*, Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005) en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, Universidad de Barcelona (abril 2005), Criteria, Barcelona, 2005.

_____, Iñaki, NICOLÁS LAZO, Gemma, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, Viejas y nuevas racionalidades punitivas.

ROBERTS, Julian V., STALANS, Loretta J., INDEMAUR, David y HOUGH, Mike, *Populism and public opinion*, Lessons from five countries, Oxford University Press, New York, 2003.

RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, 2000.

RODRIGUES, Leda Boechat, *Grupos de pressão e grupos de interesse*, Curso de introdução à Ciência Política, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982.
RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos, Prólogo, en KAISER, Axel y ÁLVAREZ, Gloria, *El engaño populista*.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. McGraw-Hill. Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La bipolaridad del Derecho Penal*, El Derecho Penal del Enemigo y otras clarividencias, Editora Jurídica, Quito, 2014.

_____, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. 2ª edición. Traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier de VICENTE REMESAL. Editorial Civitas. Madrid, 1997.

_____, Claus, *Dogmática Penal y Política criminal*, traducción de Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ, Editorial Idemsa, Lima, 1998.

_____, Claus, *Informe final*, traducción de Carmen GÓMEZ RIVERO, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.

_____, Claus. *Problemas actuales de Política criminal*. Conferencia traducida de la versión alemana "*Aktuelle Probleme der Kriminalpolitik*" por Enrique DÍAZ ARANDA, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el ciclo "Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales", en el auditorio "Jaime Torres Bodet" del Museo Nacional de Antropología e Historia, Organizado por la PGR y el INACIPE, in DÍAZ ARANDA, Enrique (editor), *Problemas fundamentales de Política criminal y Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

_____, Claus, *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*, en *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3ª época, número 49, 1998.

ROWAN, Mike, Democracy and punishment: A radical view, *Theoretical Criminology*, Volume 16, Number 1, Sage Publications, London, 2011.

SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, Revisada por Thomas LANDON THORSON, traducción de Vicente HERRERO, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006.

SALVATORE, Ricardo D., *De vicios, delitos y penas: nuevos rumbos de la historia de la justicia criminal en América Latina*, en TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

SANCHO ROCHER, Laura, *Filosofía y democracia en la Grecia antigua*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2009.

SARAMAGO, José, *Ensaio sobre a cegueira*, Companhia das Letras, São Paulo, 2008.

SANZ MULAS, Nieves, *Justicia y medios de comunicación: Un conflicto permanente*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*.

SCHEERER, Sebastian, *Hacia el abolicionismo*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd, ALBRECHT, Peter-Alexis, PRITTWITZ, Cornelius, FLETCHER, George, *La víctima en el sistema penal*, Dogmática, proceso y política criminal, Traducción de Luis Miguel REYNA ALFARO, Editora Jurídica Griley, Lima, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.

_____, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Reimpresión de la segunda edición. Editorial IB de F. Buenos Aires, 2006.

_____, Jesús-María, *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

_____, Jesús-Maria, *Política criminal y nuevo Derecho penal*, (Libro homenaje a Claus ROXIN), José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

_____, Jesús-María, *Política criminal y Persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

_____, Jesús-María, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*.

_____, Jesús María, *Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal*, en BERISTAIN, Antonio; DE LA CUESTA José Luis (directores), *Victimología*.

_____, Jesús-María, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor*, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, MARTÍNEZ FRANCISCO, Maria Nieves, MIRANDA DE AVENA, Claudia (Coordinadores), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*.

SMITH JR., Dwight C. *Ideology and the Ethics of Economic Crime Control*. In ELLISTON, Frederick, BOWIE, Norman, *Ethics, Public Policy, and Criminal Justice*, Oelgeschlager, Gunn, & Hain, Publishers, Inc., Cambridge, Massachusetts, 1982.

SOTO NAVARRO, Susana, La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-09, 2005.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, ¿El Derecho penal garantista en retirada?, *Revista Penal*, n. 21, enero 2008.

SOZZO, Máximo, “Democratization, politics and punishment in Argentina”, in *Punishment & Society*, 2016, Vol 18 (3), Sage Publications.

STEINERT, Heinz, *Mas allá del delito y de la pena*, en HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT y DE FOLTER, *Abolicionismo Penal*, traducción de Mariano Alberto CIAFARDINI y Mirta Lilián BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989.

STORTONI, Luigi, *Presentación*, traducción de María José PIFARRÉ MONER, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*.

TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

_____, Josep M., *La política criminal como disciplina empírica y valorativa*, Universidad Oberta de Catalunya.

_____, Josep M., Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1, Barcelona, 2013.

_____, Josep M., *Política criminal con bases empíricas en España*, en *Polit. Crim.* n. 3, 2007. A8.

_____, Josep M., *¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador), *Estudios de Victimología*, Actas del I Congreso Español de Victimología.

_____, Josep M., *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ORDIOZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coordinadores), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TEODOROV, Tzvetan, *Os inimigos íntimos da democracia*, tradução de Valquíria DELLA POZZA e Marise LEAL, Companhia das Letras, São Paulo, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal*, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), *Pena y Estado*, Función simbólica de la pena.

THAM, Henrik, “Law and order as a leftist project? The case of Sweden”, *Punishment and Society*, Vol 3 (3), Sage Publications, London.

THE EUROPEAN ONLINE, European Elections Special, "*Populism is a necessity*", <http://en.theeuropean.eu/chantal-mouffe--3/7859-fighting-right-wing-populism-in-europe> , c. 24/02/2017.

TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho penal* (Recurso electrónico). Palestra. Lima, 2003.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

_____, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

TRUJILLO BRETÓN, Jorge Alberto (coordinación), *En la encrucijada: Historia, marginalidad y delito en América Latina y los Estados Unidos de Norteamérica (siglos XIX y XX)*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, México.

TRUMAN, David B., *The Governmental Process*, Knopf, New York, 1951.

URQUIDI, Víctor L., *Otro siglo perdido*, Las políticas de desarrollo en América Latina (1930-2005), Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016.

VAN SWAANINGEN, René, Public safety and the management of fear, *Theoretical Criminology*, Volume 9, Number 3, Sage Publications, London, 2005.

VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012.

VARONA GÓMEZ, Daniel, Medios de comunicación y punitivismo, *Revista para el análisis del Derecho*, InDret 1, Barcelona, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955.

VON HIRSCH, Andrew, *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*, traducción de Adán NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*.

VON KIRCHMANN, J. H., *La jurisprudencia no es Ciencia*, traducción de Antonio TRUYOL Y SERRA, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, traducción de Quintiliano SALDAÑA, Instituto Editorial Reus, Madrid.

_____, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, traducción de Luis JIMENEZ DE ASUA, 3ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid.

WACQUANT, Loïc, “Toward a dictatorship over de poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil”, in *Punishment & Society*, Vol 5 (2), Sage Publications.

WARKLATE, Sandra, “Risk and criminal victimization”, A modernist dilemma?, *British journal of criminology*, Vol. 37, N. 1, Winter 1997.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Tomo I. Traducción de José MEDINA ECHAVARRÍA, Juan ROURA PARELLA, Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, Eugenio ÌMAZ y José FERRATER MORA, 2ª edición en español, 3ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

WINDLESHAM, Lord, *Politics, Punishment and Populism*, Oxford University Press, New York, 1998.

WOODIWISS, Michael, HOBBS, Dick, “Organized evil and the Atlantic Alliance: Moral panics and the Rhetoric of Organized Crime Policing in America and Britain”, *British Journal of Criminology*, (2009), 49.

YLARRI, Juan Santiago, Populismo, crisis de representación y democracia, *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 1, 2015.

YOUNG, Jock, *El fracaso de la criminología: La necesidad de un realismo radical*, traducido por Ramiro SAGARDUY, en RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique Y SAGARDUY, Ramiro A. P. (coordinadores), *Criminología Crítica y control social*, el Poder Punitivo del Estado, Editorial Juris, Rosario, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

_____, Eugenio Raúl, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1993.

ZIMRING, Franklin E., HAWKINS, Gordon, KAMIN, Sam, *Punishment and democracy, Three Strikes and You're Out in California*, Oxford University Press, New York, 2001.

ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política criminal*, traducción de Miguel IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Jaén, 1979.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

_____, Laura, *Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Editorial Comares, Granada, 2005.

ZYSMAN QUIRÓS, Daniel, *La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal*, *Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005.