

Alé-Kumá

ISSN 0123-496X

REVISTA NACIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE DE 2004 / VOLUMEN 22-AÑO 7 / REVISTA CUATRIMESTRAL

UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA

MIEMBROS:
COMUNA, COOPDESARROLLO, CORPAEDA,
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA MARÍA CANO

César Augusto Pérez García
Rector Honorario

Juan Carlos Pérez Soto
Rector

Miembros Consejo Superior

<i>Principales</i>	<i>Suplentes</i>
José Corredor Núñez (Presidente)	Rymel Serrano Uribe
Laureano Rodríguez Erazo	Eduardo Yunda Sánchez
José Joaquín Gómez Rondón	Adolfo Carrasco Pinzón
César Augusto Pérez González	Jorge Mario Uribe Vélez
Máximo Darío Pérez Soto	Roque Julio Moreno Estévez
Colombia Patricia Pérez Muñoz	Gloria Patricia Rave Iglesias
Omar Arturo Vargas Vargas	Jonás Antonio Flórez Ardila
Próspero Posada D'Mier	María Consuelo Moreno Orrego
César Augusto Pérez García	Adolfo León Palacio Sánchez

Directivas Nacionales

Secretario General Nacional	Roque Julio Moreno Estévez
Secretario General	Gloria Rave Iglesias
Directora de Planeación Nacional	Colombia Pérez Muñoz
Contador Nacional	César Augusto Pérez Londoño
Director Nacional de Autoevaluación	Jorge Mario Uribe Vélez
Director Nacional de Posgrados	Máximo Pérez Soto

Decanos Facultad de Derecho

Hugo Ramón Martínez Arteaga	Arauca
Gilberto Moreno Ardila	Barrancabermeja
Dagoberto Charry Rivas	Bogotá
Jaime Gutiérrez Ribero	Bucaramanga
Rafael Augusto Pérez González	Cali
Carlos Eduardo Sevilla Cadavid	El Espinal
Gustavo Adolfo Villanueva	Ibagué
Edelberto de Laossa Chávez	Montería
Óscar Peña Alzate	Medellín y Apartadó
Eliás Alberto Chacón Quintero	Neiva
Jorge Miguel Dulce	Pasto
Óscar Darío Ramírez Dulcey	Popayán
Matilde Lemos Sanmartín	Quibdó
Urias Torres Romero	Villavicencio
Hernando Vives Franco	Santa Marta
Néstor Javier Calvo Chávez	Cartago

Sumario

Editorial	5
ALBERTO POVEDA PERDOMO	
D O C T R I N A	
Políticas para la reinserción de grupos armados	7
EUDORO ECHEVERRI QUINTANA	
Superación del paradigma de la justicia rogada sin que medie reforma legislativa	15
JOSÉ WILLIAM SÁNCHEZ PLAZAS	
La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad	25
NIEVES SANZ MULAS	
Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción. Reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de la aplicación de facultades de oportunidad basadas en la reparación	41
LUIS H. CONTRERAS ALFARO	
Acerca del procedimiento civil romano: las acciones de la ley	61
ABELARDO POVEDA PERDOMO	

La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad

NIEVES SANZ MULAS*

Política es el arte de aplicar en cada época de la historia aquella parte del ideal que las circunstancias hacen posible.

Antonio Cánovas del Castillo

RESUMEN

Las sociedades modernas podrían ser definidas como sociedades de comunicación y de riesgos. Sociedades complejas y globalizadas. Sociedades, en definitiva, con problemas muy diferentes a los que se enfrentaba en su momento Beccaria. Problemas que, como la inmigración ilegal, la delincuencia organizada y la criminalidad derivada de las nuevas tecnologías, nos muestran la ineficacia de las herramientas penales hasta ahora utilizadas. La configuración mundial de los problemas sólo admite soluciones también mundiales. Soluciones que deben comenzar por una expansión real de la democracia. Porque la paz no será posible mientras exista la desigualdad y la injusticia entre los pueblos.

Palabras clave: sociedad, globalización, medios de comunicación, política-criminal, criminalidad organizada, inmigración, territorialidad, nuevas tecnologías, democracia, derechos humanos.

SUMMARY

Modern societies can be defined as communication and risk societies. We refer to complex and globalized cultures undergoing quite different problems from those assessed in Beccaria's period. Problems such as illegal immigration, organizational crime and criminality stemmed from the use of new technologies reveal the ineffectiveness of the criminal justice tools implemented so far. A wide-reaching framework of problems necessarily calls for worldwide solutions. Those should take as starting point a real expansion of democracy. Indeed, peace will not become true until inequality and unfairness between nations disappears.

* Profesora de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España.

Key words: society, globalization, mass media, criminal policy, organizational crime, immigration, territorial issues, new technologies, democracy, human rights.

Introducción

Que duda cabe, y nos guste o no, de que la criminalización de una conducta sigue siendo un problema político. Una decisión claramente fundada en una serie de valoraciones sociales, económicas y culturales concretas. Pero, ¿y qué ocurre con los juristas? ¿Dónde está su, por lógica, necesaria aportación en la batalla contra la criminalidad?

El jurista —estamos de acuerdo con Zúñiga—¹ ha perdido la capacidad de respuesta ante los problemas sociales, siendo finalmente el político quien toma la decisión sobre una concreta direccionalidad social y sobre los medios para alcanzarla. Y es que, frente a este embate de la política, los penalistas seguimos ciertamente estancados en el pasado, usando armas del todo trasnochadas y poco, o nada, eficientes. Esto es, mientras el político aduce utilidad, el penalista responde con una “rigurosidad científica” que ya no es de recibo. Y, mientras tanto, la sociedad demanda más protección, y a esa petición hay que darle una respuesta.

Porque las sociedades actuales viven en continua transformación y en ellas las ciencias sólo se legitiman por su capacidad para resolver problemas sociales. Luego, el reto fundamental de los penalistas se halla en la búsqueda de soluciones eficaces, frente al problema de la criminalidad, y con respeto claro de las reglas fundamentales de intervención penal. Y ello pasa, sin duda, “por una racionalización de la política criminal buscando un elenco de respuestas no necesariamente penales”.²

Política y derecho, por tanto, como los dos grandes sistemas de regulación de la vida social, deben buscar caminos convergentes, “lo que en el ámbito de la prevención de la criminalidad significa —concordamos nuevamente con Zúñiga— racionalizar la política criminal, juridificando la acción política y politizando la acción jurídica”.³ O lo que es lo mismo, acabar con la actual “apropiación política del discurso jurídico”.⁴

Notas definitorias de la sociedad moderna

No cabe duda de que cada sociedad produce su propia criminalidad. Y esto es así porque el fenómeno criminal no es sino el producto de unas determinadas coordenadas históricas y sociales. No existen, por tanto, tipologías abstractas de criminalidades, sino personas que por determinadas circunstancias sociales realizan comportamientos que en ese momento son considerados delictivos. Esto es, la definición del delito es el

resultado de una sistemática negociación entre las demandas sociales, siempre más dinámicas que las ofertas institucionales, y la normalización de dichas demandas por parte del Estado.⁵

En este sentido, y ciñéndonos a las sociedades occidentales posindustrializadas, o posmodernas, entre las que cabe integrarse la nuestra, podemos hacer destacar como notas definitorias, condicionantes de la actual política criminal, las siguientes:

Sociedad de comunicación

El protagonismo del que hoy en día “gozan” los medios de comunicación no tiene precedentes. Los mass media han adquirido el liderazgo absoluto como poder configurador de imágenes, demandas y expectativas sociales, y con intereses, por supuesto, consumistas. Pero eso no es todo, y ahí comienza el problema. Este poder paulatinamente se va convirtiendo también en poder disciplinario, esto es, en control social informal. Porque por medio de la creación de imágenes también se configuran papeles, estereotipos sociales de las conductas desviadas y de la criminalidad. Es más, cabe aducir su indudable influencia en la demanda de políticas criminales concretas, y por lo general de claro carácter represivo, y en las que el sistema penal está llamado a actuar como *prima ratio*, “cual poder apaciguador de inquietudes sociales”.⁶

Raro es el día que nos despertemos sin noticias “vinculadas” a la criminalidad; es más, ninguna crisis, por muy remota que se encuentre en el espacio, es ajena.⁷ Pero ya no sólo es importante lo que “es” la criminalidad, sino lo que “parece” ante la sociedad y lo que ésta demanda con su “visión” al sistema penal. El poder configurador de la sociedad con el que cuentan los medios de comunicación ha hecho trasladar al sistema penal el debate social de cuestiones valorativas que interesan a los ciudadanos.

¹ Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 20.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ García Inda-Susin Betran, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, CPC, No. 55, 1995, p. 357.

⁵ C. San Juan, “Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes”, Eguzkilore. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 13, diciembre de 1999, p. 19.

⁶ Zúñiga Rodríguez, *ob. cit.*, p. 254.

⁷ R. Mesa, *La nueva sociedad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 111.

Cuestiones como la violencia doméstica, la corrupción política, los ataques al medio ambiente, el acoso sexual en las empresas, el terrorismo, etc.⁸ Conflictos todos ellos que, al no ser asumidos ni por los poderes políticos ni por las fuerzas sociales, llegan *prima ratio* al sistema penal, exigiéndosele respuestas contundentes que sirvan de muestra de un supuesto consenso social sobre los temas a debate. Una nueva función, ésta asumida por el sistema penal, que influye claramente en su configuración, reforzando su función de medio de control social. Unos efectos promocionales, instrumentales, funcionalizadores del sistema social de consenso, que tienen claro efectos nocivos para el sistema penal y para la sociedad en general.

Porque lo que, finalmente, se está fomentando no es sino un uso utilitarista del derecho penal, que provoca un abuso de la intervención penal, legitimando su actuación en *prima ratio* y propiciando que se privilegie su función preventiva sobre la de protección de bienes jurídicos. Lo que sólo cabe traducirse, al final, en una función meramente simbólica del derecho penal, y por ello carente de toda legitimación —concordamos con Díez Ripollés—, “en cuanto que su configuración ya no aspira a, ni por lo general puede, fundamentarse en su eficacia para proteger bienes jurídicos y evitar la delincuencia, único fin que permite justificar la correspondiente decisión legislativa”.⁹

Sociedad del riesgo

La sociedad actual, de igual modo, se caracteriza por la aparición de nuevos avances tecnológicos. Vivimos en la era de la tecnología y ello, sin duda, ha significado un notable aumento del bienestar individual, pero también ha acarreado importantes consecuencias en lo que a los conflictos sociales y la forma de abordarlos se refiere. La revolución científica y técnica, como tendremos ocasión de comprobar, constituye tanto factor de progreso como motivo acuciante de nuevas desigualdades en la sociedad internacional. Aporta todo un arsenal de expectativas que pueden servir tanto para liberar al hombre de sus servidumbres frente a la naturaleza, como para imponerle nuevas y mucho más sofisticadas técnicas de dominación frente a sus semejantes.¹⁰

Buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen, precisamente, de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos:¹¹ riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las

aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética,¹² la industria química, la informática, las telecomunicaciones, el tráfico rodado, la producción masiva de alimentos, etc. Lo que, sin embargo, no quiere decir que la nuestra sea una era más peligrosa, ni más arriesgada, que la de las generaciones anteriores, simplemente es que el balance de riesgos y peligros ha cambiado.¹³

Vivimos en un mundo donde los peligros creados por nosotros mismos son tan amenazadores, o más, que los que proceden del exterior. Ciertamente, algunos son verdaderamente catastróficos, como el riesgo ecológico mundial, la proliferación nuclear o el colapso de la economía mundial; otros, en cambio, nos afectan más a título individual, por estar relacionados con la dieta, la medicina, etc.¹⁴ Pero la consecuencia es una: el surgimiento y la consolidación de bienes jurídicos colectivos tales como la salud pública, el medio ambiente, la ordenación del territorio o los vinculados a muy diversos aspectos del orden socioeconómico. Lógico, pues, que hoy se hable de “sociedad del riesgo”, de “derecho penal del riesgo”, con importantes repercusiones para la política criminal.¹⁵

La protección de tales bienes jurídicos colectivos da ocasión a abundantes riesgos y dificultades, derivados en su mayor parte de la ausencia de suficiente reflexión sobre su adecuado tratamiento. Entre todos estos riesgos, sin duda, destaca el que el derecho penal se introduzca en ámbitos en los que no resulta eficaz, perdiendo de vista la nota de subsidiariedad frente a otro tipo de intervenciones sociales, jurídicas o no, que le es inherente. Un

⁸ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 255.

⁹ J. L. Díez Ripollés, “Exigencias sociales y política criminal”, *Claves de Razón Práctica*, No. 85, 1998, p. 50.

¹⁰ Mesa, ob. cit., pp. 117 y ss.

¹¹ J.M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 22.

¹² Piñense, como ejemplo, en toda la controversia suscitada sobre los alimentos modificados genéticamente. Ya crecen cultivos modificados de este modo en 35 millones de hectáreas de tierra en el mundo —un área 1,5 veces mayor que Gran Bretaña—. La mayoría se siembra en Norteamérica y China. Los cultivos incluyen soja, maíz, algodón y patatas. Si partimos de que la tecnología genética es esencialmente nueva, es lógica la preocupación por el riesgo que este tipo de cultivos pueda suponer para la salud a medio o largo plazo.

¹³ A. Giddens, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2001, p. 47.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 258.

riesgo al que suele seguirle con frecuencia, y nuevamente, la caída en actuaciones puramente simbólicas.¹⁶

Pero no todo queda aquí, las nuevas tecnologías, sobre todo, han incidido en la configuración del ámbito de la delincuencia no intencional.¹⁷ Esto es —escribe Silva— las consecuencias lesivas del “fallo técnico” aparecen como un problema central de este modelo.¹⁸ Más que de resultados, ahora se habla de “riesgos”, de “peligros” para bienes jurídicos, con el consiguiente cambio en las reglas de la causalidad, culpabilidad y responsabilidad.¹⁹

Ello explica que la actual configuración de los tipos penales sea predominantemente de “delitos de peligro”, incluso de “delitos de peligro abstracto”, pues es en el dominio del peligro, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, donde viene a centrarse lo injusto. El adelantamiento de la intervención penal parece, pues, justificado. Pero, ¿hasta qué punto? ¿Cuál es el riesgo permitido en cada conducta? ¿Cuál es el nivel máximo de riesgo por encima del cual se establece el injusto penal?²⁰

La respuesta es labor del derecho administrativo, como encargado de delimitar, normativizar y reglamentar todos estos sectores de riesgos socialmente relevantes. Lo cual tiene una importante repercusión político-criminal: el necesario acudimiento a las leyes penales en blanco, pues la determinación de lo prohibido se desplaza a instancias extrapenales, con los problemas que tal técnica legislativa siempre conlleva. Además, a través de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo abstracto, se puede atender con facilidad contra el principio de seguridad jurídica, y se promueve un indebido alejamiento de las referencias materiales a las que no debe renunciar el derecho penal y que pretende asegurar el principio de lesividad. Nos situamos, en consecuencia, frente a un sector prioritario de la política criminal, en el que —de acuerdo con Díez Ripollés—,²¹ se deben centrar los esfuerzos y la reflexión.

Sociedad compleja y organizada

Nuestras sociedades también se destacan por su enorme complejidad, pues la interacción individual ha alcanzado niveles hasta ahora del todo desconocidos. Son características definitorias del sistema social actual, entre otras: el desarrollo social de los últimos tiempos, la multiculturalidad como nota cada vez más característica, el vertiginoso proceso urbanístico que sufren las grandes ciudades, la división del trabajo y la

proliferación de estructuras colectivas. Factores todos ellos que determinan el que las conductas lesivas ya no se produzcan como antes, por el comportamiento de una sola persona, sino por la interrelación de conductas en organizaciones sociales, especialmente empresas, que al tener una división funcional del trabajo —jerarquías— funcionan con una serie de principios como los de obediencia, confianza, etc., con el correspondiente contexto de riesgo para bienes jurídicos.²² Esto es, la sociedad actual, de igual modo que se presenta mucho más compleja en su estructuración, se muestra mucho más delicada en su funcionamiento.²³

La creciente interdependencia de los individuos da lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Y ello tiene como consecuencia —nos advierte Silva— la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión, que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica.²⁴ Y si a esto, además, le unimos el que la construcción de las sociedades es de persona jurídica, sin duda nos encontramos ante un programa bastante complejo a la hora de individualizar las correspondientes responsabilidades.²⁵

¹⁶ Díez Ripollés, ob. cit., p. 53.

¹⁷ Sin olvidar, obviamente, que los avances tecnológicos también ofrecen a la delincuencia nuevos instrumentos y herramientas para delinquir con mayor velocidad y más impunidad, especialmente la criminalidad organizada.

¹⁸ Silva Sánchez, ob. cit., p. 22.

¹⁹ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 259.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Díez Ripollés, ob. cit., p. 53.

²² Por no mencionar el hecho de que la mayor densidad poblacional de las grandes ciudades aumenta el anonimato de los individuos, y con él mejoran las posibilidades de que la criminalidad se desarrolle. O de que la fragmentación social de la familia, por los cambios de papeles, la incorporación de la mujer al trabajo, los desplazamientos de uno de los miembros de la pareja a otras áreas geográficas, producen necesariamente conflictividad social, conductas desviadas y criminalidad. Véase en Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 263. Y estos son unos aspectos de la globalización —nos recuerda Guiddens— al menos tan importantes como los que se producen en el mercado global. Giddens, ob. cit., p. 16.

²³ Mesa, ob. cit., p. 122.

²⁴ Silva Sánchez, ob. cit., p. 23.

²⁵ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 263.

Sociedad globalizada y criminalidad transnacional

De igual modo, las nuestras son unas sociedades, sin duda, intercomunicadas, "globalizadas", que se encuentran influenciándose unas a otras, determinándose en sus valores culturales y modos de vida, recíprocamente. La sociedad comunicativa moderna, que acerca las distancias y a los individuos, crea nuevos tipos de relaciones sociales que hasta ahora no estamos en la capacidad de ordenar y controlar socialmente.²⁶ Esto es, y en palabras literales de Giddens, "para bien o para mal lo único cierto es que nos vemos propulsados a un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos".²⁷ Es más, cabría incluso aducir varias razones que tornan irreversible la globalidad:²⁸ el ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder de las empresas multinacionales; la revolución en el terreno de la información y la tecnología de la comunicación; la exigencia de respetar los derechos humanos, en cuanto éstos son considerados como el principio de la democracia; la política mundial, cada vez más posinternacional y policéntrica; el problema de la pobreza global; la crisis del principio tradicional de soberanía; una nueva concepción de la estatalidad.

La globalización, que duda cabe, está reestructurando nuestros modos de vivir, y de forma muy profunda. Está dirigida por Occidente, lleva la fuerte impronta del poder político y económico estadounidense y —aquí comienza el problema— es altamente desigual en sus consecuencias.²⁹ Porque la globalización es un fenómeno, sobre todo, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Pero las fronteras no sólo se abren para los ciudadanos, sino también para la delincuencia —en especial la organizada— que, aprovechándose de los canales del comercio internacional libre y de los adelantos tecnológicos, mueve capitales, beneficios, personas y mercancías ilícitas de todo tipo.³⁰

La criminalidad de la globalización es, por tanto, criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada no sólo por la magnitud de sus efectos económicos, sino también políticos y sociales, pues tiene una notable capacidad de desestabilización de los mercados y de corrupción de funcionarios y gobernantes.³¹ Lógico, pues, que constituya uno de los grandes retos de la actual política criminal. Porque, hoy por hoy, son más que evidentes las imperfec-

ciones del sistema de imputación individual del derecho penal, haciéndose absolutamente necesaria la creación de nuevos mecanismos de imputación que respondan mejor a una criminalidad que es transnacional, organizada, empresarial. Dos frentes deben, sobre todo, trabajarse: el problema de la imputación en organizaciones complejas y el carácter transnacional del delito.³²

Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos

La nuestra también cabe ser definida como la sociedad de la inseguridad.³³ Entre sus causas, sin duda, se encuentran las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración. La actual revolución de las comunicaciones da lugar a un vértigo, derivado de la falta de dominio del curso de los acontecimientos, que sólo cabe traducirse en términos de inseguridad. Esto es, a las dependencias tradicionales hay que sumar ahora la subordinación tecnológica, probablemente más grave que las anteriores por la sutileza con que actúa y la asepsia con que es presentada su utilización. Porque, ¿qué duda cabe —y coincidimos con Mesa—,³⁴ de que el conocimiento sólo es liberador cuando se encuentra a la libre y entera disposición de todos? El saber en manos de unos pocos

²⁶ *Ibid.*, p. 264.

²⁷ Giddens, *ob. cit.*, p. 19.

²⁸ A. Gurrutxaga Abad, "Los nuevos retos de los derechos humanos", *Eguzkilore. Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, No. 12 extraordinario, 1998, p. 233.

²⁹ Al respecto, Giddens escribe: "La globalización, razonan algunos, crea un mundo de ganadores y perdedores, unos pocos en el camino rápido hacia la prosperidad, la mayoría condenada a una vida de miseria y desesperación. Las estadísticas al respecto son angustiosas. La porción de renta global de la quinta parte más pobre de la población mundial se ha reducido del 2,3 al 1,4% entre 1989 y 1998. La proporción que se lleva la quinta parte más rica, en cambio, ha aumentado. En el África subsahariana 20 países tienen menor renta per cápita en términos reales que a finales de los años sesenta. En muchos países poco desarrollados las normas de seguridad y medio ambiente son escasas o prácticamente inexistentes. Algunas empresas transnacionales venden mercancías que son restringidas o prohibidas en los países industriales —medicinas de poca calidad, pesticidas destructivos o cigarrillos con un alto contenido en nicotina y alquitrán—. En lugar de una aldea global, alguien podría decir, esto parece más el saqueo global". Giddens, *ob. cit.*, pp. 27 y ss.

³⁰ Zúñiga Rodríguez, *ob. cit.*, p. 265.

³¹ Silva Sánchez, *ob. cit.*, p. 70.

³² Zúñiga Rodríguez, *ob. cit.*, p. 265.

³³ Silva Sánchez, *ob. cit.*, pp. 27 y ss.

³⁴ Mesa, *ob. cit.*, p. 143.

siempre será la característica definitiva en la articulación de un mecanismo de poder y de dominación.

De igual modo, a través de los medios de comunicación, donde lo lejano y lo cercano muchas veces pierden sus contornos, y donde la reiteración y actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan como verdaderos agentes multiplicadores de los ilícitos y las catástrofes,³⁵ se provocan percepciones inexactas³⁶ que generan verdaderas situaciones de inseguridad.³⁷ Es más, incluso las propias instituciones públicas de represión de la criminalización contribuyen a esa difusión de la sensación de inseguridad, con la transmisión de imágenes sesgadas de la realidad.³⁸ Consecuencia de todo ello: la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone el Estado y, en particular, el derecho penal deben dar respuesta. Vivimos, por tanto, en una sociedad del miedo. Y ese miedo puede llegar a ser tanto o más dañino para la sociedad que el mismo delito, puesto que genera conductas en los ciudadanos que pueden poner en peligro la seguridad de la población,³⁹ además de contribuir a un determinado consenso que continuamente legitime discursos basados en la Ley y el Orden, con el correspondiente peligro para la convivencia democrática.

Pero no todo acaba aquí, los aumentos de expectativas de los individuos en las sociedades del bienestar, el incremento del nivel de vida de las capas medias, y los medios de comunicación que sirven de dinamizador de esas expectativas, hacen que se produzca una “inflación de los derechos”, identificados con cualquier expectativa merecedora de tutela, como los derechos del medio ambiente, la calidad de vida, los derechos de los animales, etc.⁴⁰

Esto es, todos nos identificamos con la víctima del delito. En un momento cultural en el que la referida criminalidad de los poderosos preside la discusión doctrinal, pero también la actividad de los Tribunales que trasciende a los medios de comunicación y, en consecuencia, la representación social del delito, es ciertamente comprensible que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial.⁴¹ La nuestra, en definitiva, es también una sociedad de “sujetos pasivos” donde se plantea la preeminencia de la necesidad de “vivir” y, con ello, también la reducción de las fronteras del riesgo permitido. Consecuencia: de nuevo, el consiguiente incremento de la apreciación de deberes de cuidado y de la tipificación de delitos de peligro.⁴²

En resumidas cuentas, todos los fenómenos aducidos no parecen sino conducir a un cambio global en la representación de la criminalidad de signo claramente defensivo.⁴³ Esto es, a un aumento progresivo e imparable en la criminalización de conductas y su represión. A una política criminal de expansión práctica del derecho penal, en definitiva, que en poco o nada se parece a la necesaria restricción del mismo que la doctrina viene predicando hace décadas desde la teoría.

³⁵ A nadie se le escapa, por ejemplo, la “influencia” que en la conciencia social ejerce la proliferación de los programas caracterizados como *reality shows* en muchos medios de comunicación.

³⁶ Llegando así más a una inseguridad “creada” que real. Porque deberíamos preguntarnos hasta qué punto esa sensación de inseguridad está en función del aumento de la criminalidad o más bien se trata de una “construcción ideológica”, una realidad más o menos inventada o cuanto menos “redibujada” convenientemente, en función de otros factores como la experiencia vivida por personas cercanas, las informaciones difundidas por los medios de comunicación, la insatisfacción ante el sistema penal, etc. En resumidas cuentas, una perspectiva distorsionada de la realidad social construida a partir de indicadores estadísticos de criminalidad y resortes emotivos de algunos medios de comunicación de masas. Véase García Inda-Susín Betran, ob. cit., p. 358.

³⁷ En palabras de Garapón: “Los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia de la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo de chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”. Garapón, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997, p. 94.

³⁸ Por ejemplo, la criminalidad de las minorías étnicas —sean extranjeros, o inmigrantes o gitanos— está a la orden del día en el discurso político. A fin de probar que los extranjeros delinquen más que los nacionales, los políticos con tendencia nacionalista o aun xenófoba (y ahora son numerosos!) comparan los delitos cometidos por los nacionales con los cometidos por los miembros de la minoría aludida. El resultado es muy distinto si —como lo han mostrado investigaciones criminológicas— la criminalidad de miembros de una minoría es puesta en relación con la de un grupo de nacionales del mismo grado de desventaja social: la tasa de criminalidad es más o menos igual, y la teoría según la cual estas minorías cometen más delitos que los otros es descalificada como lo que es: un mito fundado en un prejuicio. H.-J. Bartsch, “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, *Eguzkilore*. Cuaderno Vasco de Instituto de Criminología, No. 9, diciembre 1995, pp. 12 y 13.

³⁹ García Inda-Susín Betran, ob. cit., p. 359.

⁴⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 106.

⁴¹ Silva Sánchez, ob. cit., pp. 40 y 41.

⁴² *Ibid.*, pp. 31 y ss.

⁴³ *Ibid.*, p. 43.

El derecho penal y la nueva sociedad. Tendencias actuales

Delineamientos generales en España

Seguramente —nos advierte Silva—⁴⁴ nunca se había hablado tanto en los círculos intelectuales de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un derecho penal mínimo como se hace en nuestros días. Pero, irónicamente, también hacía mucho que no se constataba una tendencia legislativa de expansión del derecho penal como la que actualmente se vive. Y ésta es, tristemente, también una característica a constatar en el Código Penal español de 1995.⁴⁵

A lo largo de su texto asistimos a la introducción de nuevos tipos delictivos y a la agravación general de las penas llamadas a sancionar los delitos ya existentes (sobre todo, los socioeconómicos). Una criminalización de ninguna manera contrarrestada con la lógica, y la consecuente descriminalización de aquellas figuras delictivas en nuestros días carentes de toda lógica. Una clara tendencia expansiva puesta aún más de manifiesto con las continuas reformas que, desde su nacimiento, nuestro texto punitivo viene experimentando,⁴⁶ y que en las que ahora estamos “sufriendo” ha encontrado su clara “piedra de toque”.⁴⁷

Al respecto de esta tendencia son reveladoras las palabras de Sáez Valcárcel:

Cuando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defendieran la intervención punitiva y otras se mostrarán más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar. Aquéllos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el código penal, mientras que las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo y los delitos de cuello blanco. Pero, su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del derecho penal”.⁴⁸

Pero, por supuesto, todo tiene un precio, y algunas de las consecuencias inmediatas de esta política criminal, basada en tipificar todo aquello que la sociedad pide sin un juicio de maduración lógico y previo son, como nos advierte Díez Ripollés:⁴⁹ la creación de delitos de casi

⁴⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁵ Ya en su exposición de motivos se hace alusión a la existencia de “una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja” justificándose una “prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”.

⁴⁶ Las reformas llevadas a cabo por LO 2/1998, de 15 de junio, relativas a los delitos de terrorismo; LO 11/1999, de 30 de abril, relativa a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos; la LO 2/2000, de 7 de enero, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas; la LO 3/2000, de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; y la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo; la LO 4/2000, de 11 de enero, y la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en materia de extranjeros; la LO 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores.

⁴⁷ Nos referimos a las reformas llevadas a cabo por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP; y la LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ y del CP en relación con el terrorismo. Reformas que han supuesto la modificación de casi una tercera parte de nuestro texto punitivo (aproximadamente unos 200 artículos). Esto es, el catalogado en su momento como “Código penal de la democracia” se ha transformado en lo que el propio gobierno del PP denominó “Código penal de la seguridad”. Una “remodelación” de nuestro texto punitivo caracterizada por una importante, e inadmisibles, agravación de las penas —llegando hasta los 40 años de prisión y, por si esto fuera poco, previendo su cumplimiento íntegro—, un incremento de las conductas delictivas y unas medidas de seguridad claramente xenófobas hacia los inmigrantes delincuentes. Una reforma, en definitiva, “hija” del oportunismo electoralista y de la necesidad del gobierno de desviar la atención popular de un tema que, ciertamente, ponía en entredicho su gestión: el del desastre ecológico, sin precedentes en España, ocasionado por el petrolero griego “Prestige” sobre las costas gallegas, asturianas y vascas.

⁴⁸ Sáez Valcárcel, *JPD*, No. 26, julio, 1994, p. 4.

⁴⁹ Ellas como consecuencias negativas desde la perspectiva aquí manejada, pero sin olvidar los claros beneficios inmediatos que tal “política” significa para los que la acogen: “una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en general; se enmascara, a través del prestigio del que goza la contundencia de la reacción penal, la ausencia de otras medidas de intervención social realmente eficaces; se acrecientan infundadamente y a bajo coste los sentimientos de seguridad de los ciudadanos; y se realizan labores de pedagogía social utilizando uno de los medios de control social más duros de los que dispone la sociedad sin necesidad de dar explicaciones”. Díez Ripollés, *ob. cit.*, p. 51.

imposible aplicación por un juez o tribunal respetuoso de las garantías penales;⁵⁰ la formulación de tipos delictivos superfluos o redundantes, con aparente ignorancia de lo ya existente,⁵¹ motivados por no más de una docena de conductas lesivas concentradas en el tiempo pero suscitadoras de una transitoria inquietud social;⁵² y, finalmente, pero no por ello menos importante, la producción de efectos contrarios a los deseados con relación a la protección de bienes jurídicos.⁵³ ¿Nos pasará lo mismo con la macrorreforma que actualmente estamos sufriendo? Mucho nos tememos que sí, pues esa “maduración” de la que habla este autor no ha sido, precisamente, la nota definitoria de la misma.

Actuales líneas de preocupación. La delincuencia de la globalización

El mundo en el que nos encontramos hoy no se parece mucho al que vivió Beccaria. Tampoco lo vivimos de la misma manera. En lugar de estar cada vez más bajo nuestro control, parece fuera de él. Es más, y de acuerdo nuevamente con Giddens, algunas de las tendencias que se suponían harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y la tecnología, tienen a menudo el efecto contrario. La globalización introduce otras formas de riesgo e incertidumbre, especialmente las relativas a la economía electrónica globalizada.⁵⁴ En definitiva, cabe aseverar que la globalización se muestra como un arma de doble filo, con importantes repercusiones en la criminalidad y, en consecuencia, en la forma de hacerle frente. Esto es, en la política criminal de las sociedades que, nos guste más o menos, estamos obligados a “sufrirla”.

Los movimientos migratorios. La inmigración ilegal

La era de la globalización mundial trae consigo no sólo el fenómeno de la transnacionalización económica y política, sino también el de la propia transnacionalización humana a través de los flujos migratorios. Porque, desgraciadamente, y así nos lo recuerda Lucas, globalización no equivale a universalización,⁵⁵ y ello ha degenerado en una disparidad extrema en la situación económica de los habitantes de los diversos Estados ubicados al Norte (paradigma de riqueza) y Sur (paradigma de pobreza) del territorio mundial, provocando con ello que los nacionales de los países pobres inicien una progresiva emigración hacia los países más ricos.⁵⁶ Y éste es un fenómeno que está afectando, incluso, a sociedades y países que habían

mantenido, hasta ahora, un grado de homogeneidad y estabilidad muy avanzados.

Esto es, la sociedad europea actual se ha convertido en una especie de meeting-point humano donde pugnan por convivir razas, religiones, lenguas, culturas, costumbres y tradiciones extraordinariamente variadas. Son éstos, en consecuencia, unos tiempos de perplejidad que están provocando el cataclismo generalizado de poderosas creencias, valores y convicciones que habían mantenido y acompañado a la humanidad a lo largo de la era moderna.⁵⁷

Y es que de la mano de la emigración, y desde una perspectiva penal y criminológica, viene un problema de adaptación, desviación socio-delictiva, desarraigo y marginalidad social, sujetos a problemas como el de la falta de empleo, educación y demás carencias sociales que en sí constituyen un problema de socialización. Porque la idea de conflicto es innata a la idea de diversidad. Las soluciones, en consecuencia, no pueden venir sino de la mano de interpretaciones integradoras.

⁵⁰ Esto ocurre, por ejemplo, en un buen número de las nuevas figuras introducidas entre los delitos contra la administración pública, como respuesta a la corrupción política o administrativa, comenzando con los delitos de tráfico de influencias y continuando con algún supuesto de cohecho o malversación.

⁵¹ Como cabe comprobarse, por ejemplo, en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 178 y ss), cuya reforma por LO 11/99 fue ciertamente, y en líneas generales, bastante desafortunada. Una nefasta regulación ni mucho menos mejorada, sino todo lo contrario, con las actuales reformas.

⁵² Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito que castiga a los denominados conductores suicidas. O con las medidas de represión adoptadas siempre sistemáticamente tras cruentos —pero también aislados— episodios de delincuencia juvenil.

⁵³ Así ocurre con el nuevo delito de acoso sexual, medio de enganche de los partidos políticos para el feminismo, y que ha logrado que actualmente las amenazas condicionadas a la realización de un comportamiento sexual reciban un tratamiento privilegiado frente a las restantes, por lo que el acosador sexual ha mejorado notablemente su estatus social.

⁵⁴ Giddens, ob. cit., pp. 14 y ss.

⁵⁵ J. de Lucas, “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, en *JPD*, No. 32, julio 1998, p. 3.

⁵⁶ I. J. Subijana Zunzunegui, “La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 13, diciembre 1999, p. 26.

⁵⁷ G. Jáuregui, “¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del siglo XXI”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 11 extraordinario, diciembre 1997, p. 236.

O lo que es lo mismo, de una política criminal de funciones integradoras y no al revés.⁵⁸

Porque, igual que hay consenso en la comunidad internacional en torno a la conveniencia de reducir el rápido crecimiento de la población, no lo hay naturalmente respecto de la conciencia de suprimir, atenuar o intensificar las migraciones internacionales, ni puede haberlo. De igual modo, y lógicamente, es claro el consenso acerca de la conveniencia de atacar las causas de las migraciones involuntarias y de reducir o eliminar la necesidad de recurrir involuntariamente a la migración y, desde luego, de contener y frenar el racismo, el etnocentrismo y la xenofobia que, desgraciadamente, casi siempre florecen en torno a cual sea el movimiento migratorio.

Pero antes que nada, el consenso debe versar en combatir las causas que de manera creciente mueven a millones de personas a demandar asilo y refugio en otros países, y de mejorar la suerte de los contingentes de asilados y refugiados. Un acuerdo que, finalmente, cabe extenderse a la conveniencia de reducir el volumen de las migraciones indocumentadas e ilegales y, desde luego, a incrementar la cooperación entre países receptores y países emisores, entre otros motivos para facilitar la integración de los inmigrantes, especialmente de los establecidos con título reconocido, y facilitar el retorno de los que lo desean.⁵⁹

Porque —concordamos completamente con San Juan— realmente no existe un conflicto social entre inmigrantes y no emigrantes, entre mayorías y minorías. El problema puede ser definido, simplemente, y como casi siempre, en términos de lucha de clases. El asunto de razas, etnias, inmigración y xenofobia no es más que oportunista literatura para explicar lo que no es más que un conflicto entre ricos y pobres. Entre Norte y Sur.⁶⁰

La delincuencia organizada

Hay una frase que dice: “las grandes fortunas se hacen de las grandes desgracias” y ésta es, a nuestro juicio, una gran verdad. La presencia de los grupos humanos que anhelan la emigración, dada su deplorable situación vivencial en sus países de origen, y la implantación de políticas de control por parte de los países receptores, crean los factores propicios para la instauración progresiva de organizaciones criminales que tienen como finalidad crear redes de tráfico de seres humanos tanto para su explotación laboral como sexual. Es más, y así nos lo trae a la memoria Subijana, el carácter transnacional

de estos fenómenos criminales pone de manifiesto la existencia de zonas de inmunidad, dada la sujeción del proceso de criminalización y de enjuiciamiento jurisdiccional a los criterios de territorialidad, en línea con la concepción soberana de los Estados.⁶¹ Y el problema no acaba aquí.

El nivel de comercio mundial es hoy mucho mayor de lo que ha sido jamás, y la mayor diferencia está en el nivel de flujos financieros y de capitales. La enorme escala en la que se mueven las más diversas actividades económicas y culturales en las sociedades contemporáneas, traspasa ampliamente los límites nacionales. Y algunas manifestaciones de la criminalidad organizada representan este fenómeno de forma emblemática; manifestaciones tales como los abusos de los circuitos financieros internacionales, o la explotación ilícita de la transmisión telemática de la información (especialmente a través de la internet).⁶² Porque en la nueva economía electrónica global gestores de fondos, bancos, empresas y millones de inversores individuales pueden transferir cantidades enormes de capital de un lado a otro del mundo con el botón del ratón de un ordenador. Y al hacerlo pueden desestabilizar lo que podían parecer economías sólidas como sucedió en Asia.⁶³ Frente a este fenómeno la respuesta tradicional de los sistemas penales, qué duda cabe, muestra una inadecuación estructural. Y éste es un punto de inflexión que no nos puede seguir permaneciendo ajeno.

Criminalidad y nuevas tecnologías

El progreso científico y tecnológico, en todo caso, y estamos de acuerdo con Mesa,⁶⁴ ni es intrínsecamente bueno, ni tampoco genuinamente perverso. Sin duda,

⁵⁸ M. R. Pérez Arroyo, “Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el derecho penal. Minorías étnico-culturales y derecho penal. Especial mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú”, en CPC, No. 72, 2000, pp. 749 y ss.

⁵⁹ J. Arango, “Población y migraciones internacionales”, en AA.VV., *Las Naciones Unidas en la Nueva Sociedad Internacional*, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1995, pp. 168.

⁶⁰ San Juan, ob. cit., p. 24.

⁶¹ Subijana Zunzunegui, ob. cit., p. 27.

⁶² V. Militello, “Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías”, en AA.VV., *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Madrid, Colex, 2001, p. 177.

⁶³ Giddens, A., ob. cit., p. 22.

⁶⁴ Mesa, ob. cit., p. 143.

es la manipulación humana la que adjetiva, positiva o negativamente, unos medios que potencialmente tienen todos los elementos activos tanto para la liberación como para el aniquilamiento. Y no ha sido sino el ser humano quien, como siempre, ha hecho un uso desviado del mismo, afectando negativamente a otros seres humanos.

La parte “mala” de las nuevas tecnologías son, sin duda, los delitos contra la libertad informática (apoderamiento o interceptación de cualquier telecomunicación, incluido el correo electrónico; apoderamiento, utilización o modificación de los datos personales; el abuso informático de dichos datos personales, etc.); los delitos informáticos en la esfera patrimonial y económica (delitos de estafa o fraude informático, delitos informáticos en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, en el ámbito de la protección de los secretos de empresa o información empresarial sensible, etc.) y, sobre todo, los realizados a través de la internet (*hackers*, pornografía infantil, blanqueo de capitales, ciberterrorismo, etc.).

La eclosión de la red, concordamos con Morales Prats,⁶⁵ constituye uno de los problemas jurídicos más candentes en el panorama actual. Una realidad que requiere un tratamiento multidisciplinar, pues están implicadas tanto cuestiones técnicas de seguridad de la internet, como las relaciones entre responsabilidad civil y penal, la problemática jurídica general de la tutela de datos personales, y cuestiones relativas a la tutela de la propiedad intelectual e industrial en las redes telemáticas o, por último, cuestiones que afectan a las reglas del tráfico jurídico en el mercado virtual. A todo ello hay que sumarle la indudable dimensión internacional de la internet y sus especiales connotaciones (uso masivo, descentralización, automatismo, etc.). Un elenco de problemas que, sin duda, trasciende a la disciplina estricta del derecho penal. Un nuevo, y enorme, reto para los juristas.

Los nuevos retos de la política criminal

La necesaria contención del derecho penal. El cambio de herramientas

Como hemos podido comprobar, nos situamos ante una criminalidad propia de una sociedad en continua transformación, y donde las herramientas penales hasta ahora utilizadas se muestran incapaces para hacerle frente.⁶⁶ Esto es, el derecho positivo actual y las instituciones jurídicas constituidas bajo su égida no consiguen ya dar

cuenta de una realidad crecientemente heterogénea, pluralista y policéntrica.⁶⁷ Es más, cabe incluso aseverar que en la actualidad no existen teorías explicativas homogéneas de la delincuencia, el delincuente y el castigo, situándonos ante un escepticismo y eclecticismo absolutos.⁶⁸

Es ésta, en definitiva, una lucha entre lo viejo y lo nuevo a la que asiste la humanidad desde hace algunas décadas. Una lucha en la que participan los viejos protagonistas de la antigua sociedad internacional y también aquéllos que aspiran a ser sujetos de la sociedad en gestación; una lucha que, en cualquier caso, está dominada y compartida por métodos de actuación obsoletos y por normas de comportamientos nuevas, originales, en el medio internacional.⁶⁹

Sin embargo, e irónicamente, la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, se traduce en su imparable expansión, sometiéndolo a cargas que, ciertamente, no puede soportar.⁷⁰ Esto es, mientras las demás ramas del derecho positivo viven momentos de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización, en el ámbito del derecho penal se verifica justamente lo contrario: nos enfrentamos —escribe literalmente Faria— a la definición de tipos delictivos cada vez más intangibles y abstractos; a la criminalización de variadas actividades y comportamientos en innumerables sectores de la vida social; a la supresión

⁶⁵ F. Morales Prats, “La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular”, en AA.VV., *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, ob. cit., pp. 115 y ss.

⁶⁶ Entre otras cuestiones, y por ejemplo, las herramientas diseñadas como la teoría del delito, cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalistas del delito, no tienen nada que hacer frente a los nuevos retos criminales. Esto es, la dogmática penal se enfrenta a claros y, hasta ahora desconocidos, horizontes.

⁶⁷ J. E. Faria, “Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo”, en *JPD*, No. 39, noviembre 2000, p. 6.

⁶⁸ C. Ruidiaz García, “Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social”, en *CPC*, No. 62, 1997, p. 409.

⁶⁹ Mesa, ob. cit., p. 113.

⁷⁰ “El giro ha sido tal —escribe Silva— que quienes en su día repudiaban al derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las “subalternas”, ahora reclaman precisamente más derecho penal contra las clases poderosas. Se produce, según se ha dicho, un fenómeno de fascinación de diversas organizaciones sociales por el derecho penal, fascinación de la que carecen todos sus equivalentes funcionales”. Silva Sánchez, ob. cit., p. 49.

de los límites mínimos y máximos en la imposición de penas privativas de libertad para aumentarlas indiscriminadamente; a la relativización de los principios de legalidad y tipicidad mediante la utilización de reglas con conceptos deliberadamente indeterminados, vagos y ambiguos; a la ampliación extraordinaria de la discrecionalidad de las autoridades policiales, permitiéndoseles con ello invadir esferas de responsabilidad del poder judicial; y finalmente, a la reducción de determinadas garantías procesales por medio de la sustitución de procedimientos acusatorios por mecanismos inquisitivos, con el progresivo amortiguamiento del principio de presunción de inocencia y la consecuente inversión de la carga de la prueba, pasándose a considerar culpable a quien no pruebe su inocencia.⁷¹

El fracaso en la consolidación de una moral social civil y autónoma ha conducido a que las opiniones sociales, de modo muy extendido, equiparen los contenidos del derecho penal con los de esa moral social poco definida, y que en consecuencia exijan a la política criminal que se pronuncie sobre aspectos conflictivos éticos que no son propiamente su competencia.⁷² Esto es —concordamos con Cortina—, “existe cierta tendencia en la ciudadanía a creer que los políticos son los encargados de moralizar, como si los ciudadanos, desde los distintos ámbitos de la vida social, no fuéramos los sujetos de nuestra propia historia”.⁷³ Unos políticos que, además, pasan por alto los resultados de las investigaciones criminológicas —como la influencia del urbanismo, la distribución de la riqueza, la falta de trabajo, la especulación del suelo u otras realidades sociales y económicas contribuyentes a la criminalidad—, y que se limitan a reprimir más y mejor.⁷⁴ Esto es, se limitan a hacer de la criminalidad una causa en si misma.⁷⁵

La moderna política criminal, por consiguiente, centra su respuesta en la utilización de la pena, como si no existieran otros mecanismos de control social más validos, o al menos igualmente eficaces. Esto es, se sigue recurriendo a la receta de ayer (o anteayer) que las investigaciones de carácter criminológico o penológico ya han demostrado como poco eficaz: criminalizar más y encarcelar también más. Una creciente fe en la prisión ciertamente preocupante.⁷⁶ La prisión está todavía, o de nuevo, de moda, y se asiste a un crecimiento de la población penitenciaria sin precedentes.⁷⁷ Alguien dijo que las prisiones reflejan el estado de una sociedad; si es así, la situación sin duda es muy grave.⁷⁸

Habrà, por tanto, que comenzar por reducir la población penitenciaria, lo cual no será posible sin una transformación fundamental de la política criminal actual. La discusión, por ello, se centra en cómo conciliar el principio de intervención mínima con la eficaz protección de los bienes jurídicos surgidos en la nueva realidad; con la aparición de nuevas formas de criminalidad compleja, organizada, empresarial y transnacional; y con el hecho de que el derecho penal se haya asumido como el primer instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos.⁷⁹

La solución, ciertamente, no está en despenalizar todas las figuras contenedoras de riesgos sociales, pues la perspectiva del riesgo es un hecho de la naturaleza, real e innegable. En lo que sí hay que trabajar es en diseñar un sistema de imputación que, sin renegar de las garantías fundamentales, sea realmente eficaz en la función social del instrumento penal como contenedor de los riesgos. Y esa labor no puede encomendarse, en exclusiva, al derecho penal.⁸⁰ Porque no debemos olvidar que el derecho penal tan sólo es un instrumento de control social que, en la búsqueda del mantenimiento del orden social, únicamente pretende el acatamiento externo de las normas, sin aspirar a una adhesión interna moralmente valiosa.⁸¹ Es más —estamos completamente de acuerdo con Subijana—, no debemos nunca dejar de mirarlo con

⁷¹ Faría, ob. cit., p. 11.

⁷² Díez Ripollés, ob. cit., p. 48.

⁷³ A. Cortina, “La innovación y los valores éticos”, en AA.VV., *Innovación y Cambio. Hacia una nueva sociedad*, vol. I, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996, pp. 58 y ss.

⁷⁴ Para ilustrar cómo los políticos pasan por alto dichos datos, Bartsch hace referencia a la declaración de un ministro del Interior de un gran país occidental, que literalmente dijo: “la criminalidad sólo tiene una causa: el delincuente. Entonces tenemos que asegurar que los delincuentes sean suficientemente castigados”. Bartsch, ob. cit., pp. 145 y 15.

⁷⁵ García Inda-Susin Betran, ob. cit., p. 361.

⁷⁶ Bartsch, ob. cit., pp. 14.

⁷⁷ Las estadísticas ofertadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nos muestran un incremento sin precedentes de la población penitenciaria en nuestro país. Los últimos datos hablan de cifras superiores a los 57.000 internos, con un incremento anual de más de 2000 presos, lo que implicaría la construcción de una macro-cárcel más al año.

⁷⁸ Bartsch, ob. cit., p. 15.

⁷⁹ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 272.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Díez Ripollés, ob. cit., p. 49.

cierto recelo, pues muchas veces no es sino el medio empleado por el Estado como “política de transposición lineal al nivel normativo de postulados cimentados en razones de estricta política electoral”.⁸²

Una visión multidisciplinar del problema

Es, sin duda, necesario coordinar políticas criminales integrales, donde los aportes de otras disciplinas deberán, inexorablemente, tenerse en cuenta. En ese programa político-criminal sólo las conductas más graves deben quedar en el vértice penal, y en la base se debe diseñar una serie de políticas sociales, institucionales, económicas, educativas, públicas y privadas, para llevar a cabo una eficaz labor de dirección social y contención de los riesgos.⁸³ O lo que es lo mismo, se debe recurrir con preferencia a las demás instancias de control social, la mayoría de las veces más idóneas para hacer frente al problema del derecho penal.⁸⁴

Porque una política criminal que respete el principio de intervención mínima, indefectiblemente tiene que partir del principio de subsidiariedad. La respuesta al fenómeno criminal concreto deberá comenzar por un estudio científico del mismo, teniendo en cuenta sus variables,⁸⁵ los factores que lo promueven, y donde en consecuencia la intervención exclusiva y excluyente del derecho penal se muestra como ilegítima. Porque la solución de los problemas sociales no se encuentra siempre, y no en primer término, en las normas y en la práctica jurídicas.⁸⁶ El control racional de la criminalidad más bien requiere el previo desarrollo de una justa y eficaz política social que incida, a tiempo, en los factores que favorecen y configuran el crimen, y busque la instauración de una sociedad más sana. Una sociedad que al enfrentarse a sus conflictos y contradicciones eduque a sus miembros más en el respeto a los bienes jurídicos y la tolerancia de la desviación, que en el castigo, la intransigencia, la agresividad y el egoísmo.⁸⁷ O lo que es lo mismo, y ahora en palabras de Ruidiaz, “más en la razón que en la pasión, en la libertad que en la pena”.⁸⁸

Y es que, de acuerdo una vez más con Zúñiga, la complejidad de la sociedad, el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones de personas y del mercado en un mundo que ve caer sus fronteras, imperiosamente ha hecho caer los dogmas de la panacea de soluciones simplistas. El reto actual de la política criminal necesariamente importa la comunicación entre materias, el conocimiento interdisciplinar, el diálogo de equipos de trabajo, la confrontación con el derecho comparado”.⁸⁹

Porque ya no es de recibo que una sociedad de tales características se limite a legislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, cada vez más condicionadas por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión con frecuencia pasajeros.⁹⁰

El trasnochado concepto de territorialidad. La ineludible perspectiva internacional

La actual complejidad del fenómeno criminal, en definitiva, no puede ser atendida por conocimientos parcializados, como pueden ser disciplinas estancas. Sólo integrando diversos saberes se puede llegar a entender un poco más racionalmente el delito, el delincuente y la sociedad que los crea. Pero aún hay más, el carácter globalizador de las sociedades actuales nos obliga a comprender los problemas en clave internacional. Porque los problemas, por domésticos que parezcan, son de carácter planetario y, por ende, requieren respuestas y soluciones igualmente globales.⁹¹ La necesidad de contrarrestar organizaciones criminales de signo transnacional, y de dar una

⁸² Subijana Zunzunegui, ob. cit., p. 37.

⁸³ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., pp. 272 y 273

⁸⁴ Por ejemplo, en la delincuencia de menores, es ciertamente difícil mantener la necesidad de pena de personas que aún no han completado su proceso de socialización y éste normalmente se ha realizado en condiciones difíciles. En estos supuestos, las políticas sociales y los instrumentos informales, tales como la familia, la educación, etc., son los que necesariamente deben intervenir.

⁸⁵ Entre las que Díez Ripollés enumera: la información empírico-social sobre la realidad en la que se va a incidir; la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención; los análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses; las manifestaciones de afectados; el cálculo de costes económicos de la reforma legal; los pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, etc. Díez Ripollés, ob. cit., p. 50.

⁸⁶ F. Bueno Arús, “La discriminación racial y el Código penal español”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 11 extraordinario, 1997, p. 200.

⁸⁷ Y qué mejor ejemplo al respecto que el de la lucha contra la violencia doméstica. Una política criminal que busque una probada eficacia contra esta lacra social, no puede dejar de lado, entre otras, las pertinentes, y siempre prioritarias, medidas educativas, sociales, económicas, laborales y de igualdad entre los géneros.

⁸⁸ G. Ruidiaz García, ob. cit., p. 410.

⁸⁹ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 275.

⁹⁰ Díez Ripollés, ob. cit., p. 49.

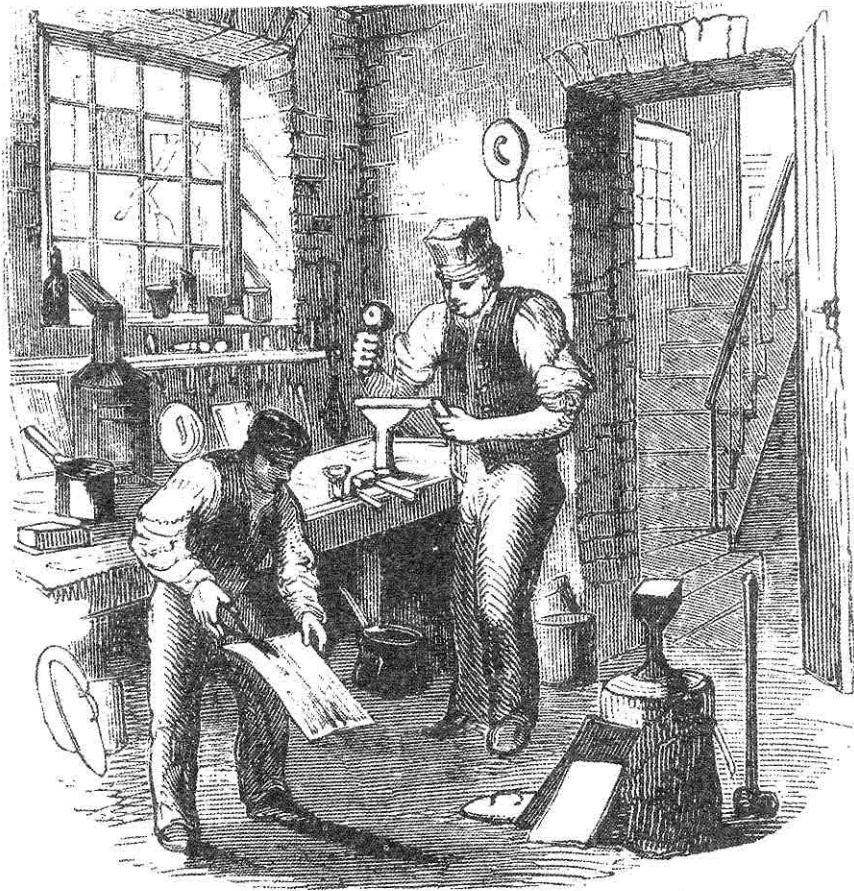
⁹¹ Mesa, ob. cit., p. 135.

respuesta inmediata a sectores de opinión convulsionados por el impacto derivado del conocimiento, a través de los medios de comunicación, de hechos delictivos de específica gravedad, está generando una legislación de signo sustantivo y procesal que, cada vez de forma más expansiva, está cuestionando principios generales del derecho penal y procesal.⁹²

Asistimos a una transformación paradigmática del derecho penal. Una transformación alimentada no sólo por la expansión en progresión del crimen organizado, del terrorismo, del contrabando, del narcotráfico, de las operaciones de blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, de los demás fraudes financieros y de las emigraciones ilegales, sino también por el carácter cada vez más transnacional de esos delitos, que constituyen sofisticadas redes de transgresión. Y con ello se relativiza uno de los, hasta ahora, más importantes principios dominantes en el derecho penal: el de territorialidad.⁹³

El Estado-nación se está transformando ante nuestros ojos. A las naciones —escribe con razón Guiddens— no les queda otra salida que repensar sus identidades “ahora que las formas más antiguas de geopolítica se vuelven obsoletas”.⁹⁴ Las naciones afrontan hoy riesgos y peligros en lugar de enemigos, y éste es un cambio enorme en su propia naturaleza. Bajo el impacto de la globalización, la soberanía se ha vuelto borrosa. Las naciones y Estados-nación siguen siendo poderosos, pero se están abriendo grandes déficits democráticos entre ellas y las fuerzas globales que afectan a la vida de sus ciudadanos. Y es que los riesgos ecológicos, las fluctuaciones económicas en la economía mundial o el cambio tecnológico global no entienden de fronteras.⁹⁵

Esto es, paulatinamente se está tomando conciencia de que la configuración mundial de los problemas sólo admite soluciones también mundiales.⁹⁶ Porque, recordemos, no son sino los desequilibrios mundiales los verdaderos detonantes del libre mercado. De la imposibilidad de seguir esquilmando los recursos naturales. De mantener sociedades insolidarias cuyos valores máximos son el bienestar y la seguridad, dando la espalda a millones de seres humanos que viven



en extrema pobreza en el mundo. Y la criminalidad organizada, fundada en esos desequilibrios sociales, es buena muestra de todo ello. El tráfico de menores, tráfico de órganos humanos, de mujeres, de mano de obra, dan cuenta de que no se puede luchar contra este tipo de criminalidad si se mantienen esas diferencias entre los distintos mundos. Porque “mientras haya personas que compren a otras personas y personas que se vendan por necesidades económicas, existirá este tipo de criminalidad”.⁹⁷

⁹² Subijana Zunzunegui, ob. cit., p. 37.

⁹³ Faria, ob. cit., p. 10.

⁹⁴ Giddens, ob. cit., p. 30.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 92.

⁹⁶ Y el problema del terrorismo internacional es buena prueba de ello. Al respecto, los atentados de Nueva York del 11 de septiembre de 2001 y de Madrid de 11 de marzo de 2004, son buenos ejemplos de la necesidad de lucha internacional contra la criminalidad.

⁹⁷ Zúñiga Rodríguez, ob. cit., p. 276.



La lucha por la democracia y los derechos humanos

Porque la globalización está detrás de la expansión de la democracia, tenemos, por tanto, que seguir democratizando las instituciones existentes y hacerlo de forma que respondan a las demandas de la era global. Se habla ya sin cortapisas de la necesidad apremiante de un nuevo orden internacional que reivindica bases distintas no sólo en el ámbito económico, sino también en el social, en el político y en el cultural.⁹⁸ Hay que recomponer el mundo y para ello hay que ser conscientes de que, como señala Toraine, la democracia no es sólo un lugar de negociación entre intereses opuestos, un mercado político; es ante todo un espacio público abierto en el que deben combinarse la memoria y el proyecto, la racionalidad instrumental y la herencia cultural.⁹⁹

Y es que estamos como en aquel momento de la humanidad en que se pensó que había que abolir la esclavitud, y debemos comenzar por abolir la pobreza si de verdad queremos construir un orden planetario que se pueda abrir camino en un posible desarrollo.¹⁰⁰ Para ello quizás debamos resucitar el pensamiento de Beccaria, cubriendo sus lagunas y corrigiendo algunas de sus premisas, de acuerdo con los conocimientos adquiridos desde la experiencia y las transformaciones sociales acontecidas. Probablemente —compartimos con Ruidiaz— en la actualidad resulte difícil compartir aquella confianza en el triunfo de las ideas sobre la irracionalidad y el despotismo, tras las amargas experiencias históricas y algunas recientes, que muestran

dramáticamente la dificultad y complejidad del avance de la humanidad y la fragilidad de las libertades. Pero precisamente es después de esos “súbitos retornos de barbarie que de cuando en cuando estallan en la historia de la civilización” cuando nos damos cuenta de que Cesare Beccaria “no ha comenzado todavía a ser un antiguo”, y que su voz resuena con renovada actualidad.¹⁰¹

Esto es, la especie humana se enfrenta a uno de los dilemas más acuciantes de su existencia. Se trata de elegir entre su autodestrucción o la utilización de los fabulosos conocimientos logrados hasta la fecha en su propio bienestar: desterrar la pobreza, el hambre, la muerte y el subdesarrollo del vocabulario humano cotidiano.¹⁰² “Porque la nueva sociedad internacional pacífica no será posible —escribe literalmente Mesa— mientras no hayan desaparecido la desigualdad y la injusticia entre los pueblos, en tanto no se suprima la opresión y hasta que cada individuo, cada ser humano, no conquiste sus derechos y sus libertades fundamentales, como hombre y como pueblo; es decir, su propia dignidad humana”.¹⁰³ Porque no hay rebelión más justiciera que

⁹⁸ Mesa, ob. cit., p. 131.

⁹⁹ A. Toraine, “¿Qué es la democracia?”, en *Temas de hoy*, Madrid, 1994, p. 363. Véase en Jáuregui, ob. cit., p. 245.

¹⁰⁰ Ruiz Tagle, ob. cit., p. 163.

¹⁰¹ Ruidiaz García, ob. cit., pp. 410 y 411.

¹⁰² Mesa, ob. cit., p. 120.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 135 y 136.

la de los pobres.¹⁰⁴ De modo que para poner remedio a su violencia es preciso poner remedio a su pobreza o, mejor dicho, a su exclusión social.¹⁰⁵

Porque ¿dónde han quedado los derechos humanos? Su unánime aceptación como condición sine qua non de legitimidad, que hace que ningún Estado pueda permitirse el lujo de aparentar ignorarlos—desde luego, formalmente—, viene acompañada hoy por la pérdida de su capacidad reivindicativa y crítica. Y, sin embargo, no podemos olvidarnos del desafío que plantean los flujos migratorios a su discurso y, por supuesto, a su actual institucionalización.¹⁰⁶ Porque, hoy

por hoy, no son sino los inmigrantes quienes representan ese nuevo sujeto universal, ese nuevo grupo de desposeídos de todo salvo de su condición de seres humanos, que les permite convertirse en agentes de la lucha por vencer frente a la penúltima barrera a la que se enfrenta el viejo ideal emancipador de los derechos humanos.¹⁰⁷ Empecemos por aquí y más tarde nos encomendaremos a otras empresas más “cosmopolitas”. Y empecemos ya, porque aunque ciertamente nunca seremos capaces de ser los amos de nuestra historia, sí “podemos y debemos encontrar maneras de controlar las riendas de nuestro mundo desbocado”¹⁰⁸ ☉

Bibliografía

- AA.VV., *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, Colex, 2001.
- AA.VV., *Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad*, vol. I, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996.
- AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1995.
- Bartsch, H.J., “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 9, diciembre 1995, pp. 9 y ss.
- Bueno Arús, F., “La discriminación racial y el Código penal español”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 11 extraordinario, diciembre 1997, pp. 193 y ss.
- De Lucas, J., “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, *JPD*, No. 32, julio 1998, pp. 3 y ss.
- Díez Ripollés, J. L., “Exigencias sociales y política criminal”, *Claves de razón práctica*, No. 85, 1998, pp. 50 y ss.
- Faria, J. E., “Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo”, *JPD*, No. 39, noviembre 2000, pp. 3 y ss.
- Ferrajoli, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 106.
- Garapón, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997.
- García Inda-Susin Betran, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *CPC*, No. 55, 1995, pp. 329 y ss.
- Giddens, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2001.
- Gurrutxaga Abad, A., “Los nuevos retos de los derechos humanos”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 12 extraordinario, diciembre de 1998, pp. 229 y ss.
- Jáuregui, G., “¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 11 extraordinario, diciembre de 1997, pp. 235 y ss.
- Mesa, R., *La nueva sociedad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Pérez Arroyo, M. R., “Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el derecho penal. Minorías étnico-culturales y derecho penal. Especial mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú”, *CPC*, No. 72, 2000, pp. 743 y ss.
- Ruidiaz García, C., “Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social”, *CPC*, No. 62, 1997, pp. 399 y ss.
- Sáez Valcárcel, *JPD*, No. 26, julio, 1994, pp. 1 y ss.
- San Juan, C., “Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 13, diciembre de 1999, pp. 15 y ss.
- Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.
- Subijana Zunzunegui, I.J., “La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 13, diciembre de 1999, pp. 25 y ss.
- Zúñiga Rodríguez, L., *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 156.

¹⁰⁵ García Inda-Susin Betran, *ob. cit.*, p. 362.

¹⁰⁶ De Lucas, *ob. cit.*, p. 4.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁸ Giddens, *ob. cit.*, p. 17.