

# Especial Jóvenes Investigadores

Edita LA LEY, c/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid). Tels.: 916 02 00 00 y 902 42 00 10 (Servicio de Atención al Cliente); Fax: 916 02 00 01 (Redacción); e-mail: DiarioLaLey@laley.net

AÑO XXVI. Número 6292. Lunes, 11 de julio de 2005

## DOCTRINA

El divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica, por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ..... 1

La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad, por NIEVES SANZ MULAS ..... 7

## PENAL



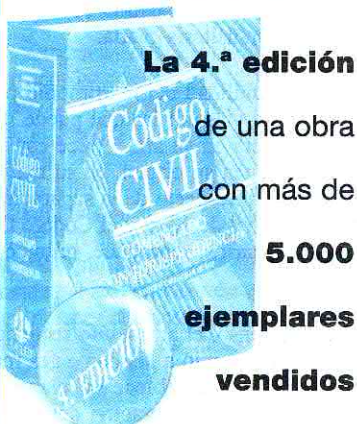
### LA SENTENCIA DEL DÍA

● (AP Valladolid) 11 Abr. 2005. Posible comisión de un fraude informático a través de un programa que añade una conexión telefónica de tarificación adicional para acceder a una web pornográfica ..... 14

## ADMINISTRATIVO

● (TS 3.ª Secc. 7.ª) 21 Mar. 2005. Equiparación de los profesores interinos de Facultad de Medicina a los profesores titulares en orden a la obtención del título de especialista ..... 14

## Novedad Editorial



La 4.ª edición de una obra con más de 5.000 ejemplares vendidos

www.laley.net

## EL DIVORCIO EN ESPAÑA: UNOS APUNTES SOBRE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Profesor Ayudante de Derecho Civil. UNED

Recientemente se ha producido una importante reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, que origina una total modificación de la situación anteriormente existente en el divorcio al establecerse un sistema acausal, totalmente novedoso en España. Una adecuada valoración de este cambio normativo precisa partir de cuál ha sido la evolución de la institución del divorcio en nuestro país hasta la actualidad. En este artículo pretendemos ofrecer una visión de esa evolución histórica, sin dejar de lado unas notas sobre su último y recentísimo paso.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El divorcio en el Derecho canónico.—III. La Ley de Matrimonio Civil de 1870.—IV. La redacción originaria del Código Civil.—V. La Segunda República.—VI. Evolución posterior hasta 1981.—VII. La reforma del Código Civil de 1981 en materia de divorcio.—VIII. La nueva regulación del Código Civil en materia de divorcio de 2005.—IX. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

La reciente reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio (1) ha supuesto una radical e importante variación del régimen jurídico español en la materia. Sobre la significación de esta reforma ya se ha escrito abundantemente, desde antes incluso del inicio de su tramitación parlamentaria, y con seguridad se escribirá aún más en el futuro. Sin embargo, una valoración de la medida e importancia de la reforma ha de completarse con una visión histórica de cómo se ha llegado hasta aquí y cuál ha sido el tratamiento legal del divorcio en cada momento histórico.

En ese sentido, con el presente trabajo pretendemos dar una visión general de cuál ha sido la evolución de la institución del divorcio en España. Si bien podríamos remontarnos al Derecho romano (en que, aunque con oscilaciones, la admisión del divorcio llegó a generalizarse hasta la plena implantación de las concepciones cristianas sobre el matrimonio) o medieval (en que la regla general era la de la indisolubilidad del matrimonio) (2), nuestro punto de partida será 1870, dado que es entonces, con la Ley de Matrimonio Civil, cuando se inicie el concepto actual de matrimonio, al reconocerse por primera vez en nuestro Derecho un matrimonio civil, no religioso, aunque no sea hasta más tarde cuando se admita el denominado *divorcio vincular*. Hasta la Ley de 1870, se producía una situación de matrimonio canónico único y obligatorio e indisoluble, que regía desde el Concilio de Trento (que eleva la forma a requisito esencial; con anterioridad se reconocía la validez del matrimonio por simple consentimiento) (3) y el reconocimiento de sus cánones como leyes del Reino por Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 (4).

La evolución histórica de la institución del divorcio es así muestra de la tensión entre la admisión y el rechazo del

*divorcio vincular*, ligada a la consideración del matrimonio en cada momento histórico como indisoluble o no. Pero es que, además, las posiciones favorables al divorcio pueden enfocarlo desde diversos puntos de vista, según cuáles se consideren que han de ser los principios inspiradores de su regulación; pudiéndose así distinguir (5), dentro del denominado *divorcio judicial* (6):

a) La *tesis del divorcio-sanción*, según la cual determinados hechos antijurídicos se configuran como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido (al que comúnmente se denomina «inocente»), como una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. Por ello, el proceso de divorcio incide básicamente sobre la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges, y en este sistema se hace hincapié en causas que entrañen incumplimientos graves de los deberes conyugales: abandono, adulterio...

b) La más reciente *tesis de frustración* o del *divorcio-remedio* o *divorcio-quebra* atiende a que, cuando existe un fracaso razonablemente irreparable del matrimonio, de modo que ya no puede cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial, y por ello es más conveniente darlo por concluido, huyendo de la difícil indagación de las causas de la ruptura; de esta forma, se trata de resolver la situación de los cónyuges en todas las situaciones en que la vida en común, por la concurrencia de determinadas causas, ha resultado intolerable. En este sistema, en el que en líneas generales se inspiran en el Derecho comparado las legislaciones más recientes y en el nuestro la Ley de 1981 (7) (la de 1932 adopta más bien una posición intermedia entre ambas tesis), las causas de divorcio se objetivizan y residen en la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla, pudiendo optarse bien por una fórmula legislativa abierta, dejando paso a la casuística jurisprudencial,

de CASTÁN, *op. cit.*, págs. 993-995, y «Comentario al Capítulo VIII», *op. cit.*, págs. 304-305; MARTÍN-GRANIZO: «Comentario al art. 85», *op. cit.*, págs. 647-648 (que sin embargo muestra ciertas reticencias a aceptar su aplicabilidad a los matrimonios canónicos anteriores a la Constitución); y VEGA: *Síntesis práctica...*, *op. cit.*, págs. 24-25. En el fondo, supone reiterar lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de 1932.

(83) Cfr. art. 85 CC.

(84) Cfr. art. 81.1.º CC.

(85) En tal sentido, básicamente, la regulación de las causas de divorcio en 1932 se corresponde ahora con las de la separación, para posteriormente —a través del cese efectivo de la convivencia conyugal que ésta produce— poder acceder al divorcio.

(86) En realidad, seis, dado que dentro de la tercera se contemplan dos. No obstante, afinando, podríamos decir que son —aunque indirectamente— hasta nueve, dado el juego combinado de los arts. 86.3.º b) y 82.1.º 2, que permitirían la entrada como causas de divorcio de «cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales» o «de los deberes respecto de los hijos» (*vid.* VEGA: *Síntesis práctica...*, *op. cit.*, pág. 69). En cualquier caso, ello se referiría más bien a la gran cantidad de situaciones que podrían incluirse en alguna de las causas del art. 86, dado que si parece haber consenso en la doctrina respecto de que esta enumeración de causas es taxativa.

(87) Las causas son:

«1.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.º La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.»

(88) Salvo, como dijimos con anterioridad, respecto de las causas referentes a incurrir el otro cónyuge en causa de separación [art. 86.3.º b)] y a la condena por atentado de un cónyuge contra la vida del otro, sus ascendientes o descendientes (art. 86.5.º), en que se sigue el sistema de divorcio-sanción y el culpabilismo (la última causa incluso prescinde de la inconvivencia), en la Ley de 1981 se opta básicamente por el transcurso de diversos plazos de inconvivencia de los cónyuges (en su caso, junto a otros requisitos), plazos en general más breves que los establecidos en la Ley de 1932 y el Derecho comparado del momento. Por otra parte, es de destacar el especial concepto de «cese efectivo de la convivencia conyugal», compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la

vida en el mismo domicilio, cuando responda a la necesidad, el intento de reconciliación o el interés de los hijos y así se acredite, e inexistente cuando la interrupción de la convivencia responda a motivos laborales, profesionales o análogos (Cfr. art. 87 CC).

(89) Cfr. art. 86.1.º CC.

(90) Cfr. art. 86.3.º a) CC.

(91) Cfr. su art. 8.

(92) En tal sentido, DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL: *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 181; y MONTÉS: «La disolución...», *op. cit.*, págs. 134, y «Comentario al art. 86», *op. cit.*, págs. 355 y 357.

(93) Procesalmente si existen diferencias en caso de que la acción se ejercite de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (debiéndose aportar un convenio regulador), o bien deba acudir a un procedimiento contencioso.

(94) Así, es el caso de, por ej., las causas 2.º, 3.º b) y 5.º del art. 86 CC.

(95) Cfr. art. 88 CC. No se establece ahora el deber de poner la reconciliación en conocimiento de la autoridad judicial, pero sí cabe entenderlo implícito para que pueda producir sus efectos (sobre todo, la interrupción del procedimiento judicial de divorcio).

(96) Dada su total equiparación de vías de acceso, es de prever que normalmente los cónyuges en crisis tenderán más a la total disolución del matrimonio que a la simple separación. Similar opinión mantiene PASTOR VITA, Francisco Javier: «Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», *Diario LA LEY*, núm. 6.235, 20 de abril de 2005, pág. 3-4. Probablemente, su mantenimiento en la nueva regulación se deba únicamente a ser citada en el art. 32 CE (en tal sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley señala que se mantiene «de conformidad con el artículo 32 de la Constitución»).

(97) Cfr. LASARTE: «Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales», *AJA*, núm. 655, 3 de febrero de 2005, pág. 10.

(98) *Id.* la intervención del Ministro de Justicia Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR en defensa del proyecto de Ley ante el Pleno del Congreso de los Diputados, en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, núm. 84, 21 de abril de 2005, pág. 4095. Igualmente, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, de 27 de octubre de 2004, pág. 4.

(99) *Id.* Informe del Consejo General del Poder Judicial..., *op. cit.*, pág. 4; y LASARTE: «Merecido adiós...», *op. cit.*, pág. 10 (que pone de manifiesto que ello responde a la actual situación sociológica, en la que la separación determinaba la ruptura definitiva de la pareja y por tanto ve razonable que se permita el acceso directo al divorcio).

(100) El nuevo sistema no llega a ser puramente consensual, porque la sentencia de divorcio continúa siendo constitutiva, pero el nuevo art. 86 CC establece que «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro (...). Así, conforme a la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, «basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales». *Id.*, al respecto el Informe del Consejo General del Poder Judicial..., *op. cit.*, págs. 13-14 y 16; LÓPEZ AGUILAR: «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial», *AJA*, núm. 655, 3 de febrero de 2005, pág. 4; y

PASTOR VITA: «Una primera aproximación...», *op. cit.*, págs. 2 y 3.

Contra este sistema de unilateralidad ya se presentaron en su momento críticas, asemejándolo a los repudios hebraico y coránico, por cuanto iría contra el orden público de nuestra cultura. En tal sentido, *vid.* DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 110; SAP Segovia de 7 de mayo de 2002, y últimamente el Informe del Consejo General del Poder Judicial..., *op. cit.*, pág. 13, y REQUERO, José Luis: «Reforma del Código Civil al servicio de una empresa ideológica», *AJA*, núm. 655, 3 de febrero de 2005, pág. 6 (en contra, en cambio, PASTOR VITA: «Una primera aproximación...», *op. cit.*, pág. 4). Es más, el sistema de 1981, mucho más moderado, ya fue (y es) objeto de críticas por cuanto facilitaba el divorcio, en vez de intentar posibilitar la recomposición de la familia en crisis (Cfr. ALBALADEJO: *Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 78; y GARCÍA CANTERO: «Comentario a los arts. 86 y 87», en *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 332-333; y la orientación general de ALONSO PÉREZ en *El divorcio...*, *op. cit.*).

(101) La existencia de este plazo recibe la crítica, por inmotivada y no acorde con los principios señalados en la Exposición de Motivos, de Agustín CANETE QUESADA, en «El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio», *LA LEY*, 2004-5, págs. 1518 y 1523. En el mismo sentido, *vid.* LÓPEZ TENA: «Reformas civiles...», *op. cit.*, pág. 9.

(102) Como sabemos, la Ley de 1932 sólo llegó a admitir un divorcio consensual bilateral (o unilateral, pero causal), si bien en la práctica judicial más reciente ya se venía observando una implícita orientación en tal sentido respecto de la separación, en la medida en que se consideraba motivo suficiente para acceder a la misma la pérdida de la *affectio maritalis* (así, por ej., las SS AA.PP. de Las Palmas de 28 de febrero y 30 de julio de 2003, Almería de 11 de septiembre de 2003, Madrid de 21 de mayo de 2004 y Sevilla 17 de marzo de 2004). Igualmente, CALAZA («La dudosa constitucionalidad...», *op. cit.*, págs. 26-27) ya abogaba por la unificación de la separación y el divorcio, la supresión de las causas y plazos de divorcio y el respeto a la autonomía de la voluntad «cuando menos, de uno de los cónyuges».

(103) *Id.* Informe del Consejo General del Poder Judicial..., *op. cit.*, págs. 13-14.

(104) En tal sentido, se contempla en la disp. final 3.ª (introducida en la Comisión de Justicia del Congreso) que «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».

(105) En el texto del Proyecto se contemplaba inicialmente que esa medida podía acordarse por el juez indistintamente por solicitarse en la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres. En el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso se introdujo una diferenciación entre ambas posibilidades, de modo que el ejercicio compartido de la guarda y custodia únicamente será posible con carácter ordinario si se contiene en la propuesta de convenio o ambos padres llegaran a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento (nuevo art. 92.5 CC), y sólo excepcionalmente, con fundamento en que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor, podrá acordarse por el juez cuando falten esos requisitos, a instancia de uno de las partes y con informe favorable del Ministerio Fiscal (nuevo art. 92.8 CC).

(106) Proceso penal contra uno de los padres por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad o la indemnidad sexual del otro cónyuge o los hijos que convivan con ellos, o existencia de indicios fundados de violencia doméstica (nuevo art. 92 CC).

## LA VALIDEZ DEL SISTEMA PENAL ACTUAL FRENTE A LOS RETOS DE LA NUEVA SOCIEDAD

Por NIEVES SANZ MULAS

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

**La nuestra es una sociedad de comunicación y de riesgos; una sociedad compleja y globalizada que revela la ineficacia de las herramientas penales tradicionales. La actual configuración mundial de los problemas sólo admite soluciones también mundiales, y 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.**

SUMARIO: I. Introducción.—II. Notas definitorias de la sociedad moderna: 1. Sociedad de comunicación. 2. Sociedad del riesgo. 3. Sociedad compleja y organizada. 4. Sociedad globalizada y criminalidad transnacional. 5. Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos.—III. El Derecho penal y la nueva sociedad. Tendencias actuales: 1. Delineamientos generales en España. 2. Actuales líneas de preocupación. La delincuencia de la globalización: A) Los movimientos migratorios. La inmigración ilegal. B) La delincuencia organizada. C) Criminalidad y nuevas tecnologías.—IV. Los nuevos retos de la política criminal: 1. La necesaria contención del Derecho penal. El cambio de herramientas. 2. Una visión multidisciplinar del problema. 3. El trasnochado concepto de territorialidad. La ineludible perspectiva internacional. 4. La lucha por la Democracia y los Derechos Humanos.—V. Bibliografía.

*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

### I. INTRODUCCIÓN

Qué duda cabe, y nos guste o no, 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 legiti-

© LA LEY-ACTUALIDAD, S.A. Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, offset o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación, sin una consulta profesional previa.

El autor o autores del trabajo enviado y publicado en el *Diario LA LEY* expresamente autorizan a la editorial la publicación de este trabajo en cualquiera de las otras publicaciones pertenecientes al grupo Wolters Kluwer y en cualquier soporte (CD, DVD, internet, papel, etc.).

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

APP

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.

ISSN: 1138-9907  
D.L. BI. 1223 1981

elaboró su informe antes de que el Sr. Álvaro tuviera noticia de la denuncia, mientras que el perito D. Carlos Ramón (que fue aportado por la Acusación particular) elaboró su informe cuando el Sr. Álvaro ya tenía noticia de la denuncia, exponiendo la hipótesis de que manipulase su *software* en un intento de eliminar cualquier vestigio del hecho delictivo.

Al igual que antes, hemos de decir que lo alegado por la parte puede ser cierto, pero no existen pruebas en la causa que así lo acrediten. Consta que la primera declaración del acusado Sr. Álvaro tuvo lugar el día 9 Abr. 2002, y que la misma fue acordada por providencia de fecha 16 Feb. 2002, es decir, después de que el Sr. Carlos Ramón emitiera su informe (que es de fecha 10 Oct. 2001), por lo que la hipótesis sugerida por la acusación particular no está acreditada en la causa. El informe pericial elaborado por la policía es tenido en cuenta por el Juzgador de instancia, analizado y valorado, explicando que el autor del mismo no compareció al plenario, dado que los funcionarios que efectuaron las investigaciones correspondientes no fueron propuestos ni como peritos ni como testigos por las partes, por lo que no pudieron aclarar las razones en las que se basaban para realizar sus conclusiones.

Es una cuestión de valoración de la prueba, comprobándose que el Juzgador de instancia ha efectuado una valoración razonable y razonada de la misma,

para llegar a la conclusión de que no se han acreditado las alegaciones de la acusación particular.

De igual modo se alega que el perito D. Carlos Ramón utilizó su ordenador para estudiar el programa elaborado por el acusado, ordenador que cuenta con las defensas instaladas por un experto informático, precisamente para evitar estafas, defensas que son desconocidas para un lego en la materia como era la menor Dolores. En este punto hemos de decir lo mismo que en los puntos anteriores; es probable que sea cierto que el ordenador del ingeniero informático que elaboró el informe esté más preparado ante los virus y demás programas perniciosos que hay en la red, pero ésta es la información con la que contamos, y con la alegación de la parte no se acredita lo que es preciso acreditar: que el programa elaborado por el acusado, además de añadir una conexión de acceso telefónico a redes por una línea pornográfica, modificara la conexión predeterminada, colocando como tal esta nueva conexión de tarificación más alta.

*Sexto:* En atención a lo expuesto, es procedente la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida por sus propios y acertados fundamentos.

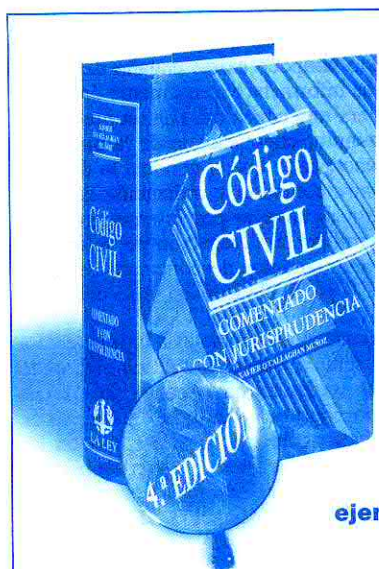
*Séptimo:* De acuerdo con los arts. 239 y 240 de la LECrim., dada la complejidad del asunto, que

no se han encontrado otras resoluciones de otros Tribunales que se planteen cuestiones similares a las que han sido objeto de enjuiciamiento en esta causa, y que como se explica en esta resolución, no se dice que no sean ciertos los hechos objeto de acusación, sino que dada la complejidad de la materia, para la que se requieren conocimientos especializados en informática, no fue posible acreditar lo verdaderamente sucedido antes de que se modificara el ordenador de la menor (obviamente, para suprimir la nueva conexión telefónica a redes que se la había creado en el ordenador), es procedente declarar también de oficio las costas de esta alzada.

**FALLO**

La Sala acuerda: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid en el procedimiento de que dimana el presente rollo de Sala, debemos confirmar, como confirmamos, mencionada resolución en todas sus partes, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Sr. Ruiz Romero.—Sr. Martínez García.—Sra. González Cuartero.



La 4.ª edición  
de una obra con  
más de 5.000  
ejemplares vendidos

**ficha técnica**

**Encuadernación:**  
Tapa dura con sobrecubierta

**Formato:**  
17 x 24 cm.

**Número de páginas:**  
2188

**ISBN:**  
84-9725-534-8



**Servicio de  
Atención al Cliente**  
Telf.: 902 42 00 10  
clientes@laley.net

# código civil

comentado y con jurisprudencia

Totalmente revisado y puesto al día. Recoge las últimas modificaciones en materia concursal, de protección de discapacitados, sustracción de menores, violencia doméstica, y relación de abuelos con nietos

Déjese asesorar por un eminente autor:

**XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Catedrático de Derecho Civil y Magistrado del Tribunal Supremo.

Cod. Prod: 200-MN-990

Ref: 11272

**ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR**

Cumplimentando y enviándonos este cupón a nuestra dirección habitual:  
LA LEY, C/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Empresa/Organismo \_\_\_\_\_  
Dpto. \_\_\_\_\_ NIF/CIF \_\_\_\_\_  
Apellidos/Nombre \_\_\_\_\_  
Profesión \_\_\_\_\_  
Especialidad \_\_\_\_\_  
Dirección \_\_\_\_\_  
Ciudad \_\_\_\_\_  
C.P. \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

Fecha..... / ..... / .....

Firma y sello  
(imprescindible)

Sí deseo recibir \_\_\_ ejemplar/es de la obra

**CÓDIGO CIVIL COMENTADO  
Y CON JURISPRUDENCIA**

Precio: 165 € + 4% IVA incluido

AGILICE SU PEDIDO VIA FAX

**Fax: 902 42 00 12**

**FORMA DE PAGO**

Domiciliación bancaria  
 Contra reembolso

Muy Sres. míos: Ruego carguen el recibo que les presentará LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., a mi nombre en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de Ahorros.

**Código Cuenta Cliente**

Entidad Oficina DC Núm. de Cuenta

Las informaciones de que sus datos serán incorporados con fines mercantiles a un fichero del que es responsable LA LEY-ACTUALIDAD, S.A. Puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y revocación, dirigiéndose por escrito a LA LEY-ACTUALIDAD, S.A. C/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid). Salvo que en el plazo de 10 días nos indique lo contrario, sus datos serán cedidos con fines comerciales, incluida publicidad por medios electrónicos, a las empresas de nuestro mismo Grupo de Sociedades.

man 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).

## II. NOTAS DEFINITORIAS DE LA SOCIEDAD MODERNA

No cabe duda en 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 postindustrializadas, o postmodernas, entre las que cabe integrarse la nuestra, podemos hacer destacar como notas definitorias, condicionantes de la actual política criminal, las siguientes:

### 1. Sociedad de comunicación

El protagonismo del que hoy en día «gozan» los medios de comunicación no tiene precedentes. Los

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. 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 tiene claros efectos nocivos para el propio 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).

### 2. 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 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 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 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 atentar 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.

### 3. Sociedad compleja y organizada

Nuestras sociedades también 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



*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*

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 a través de la creación de imágenes también se configuran roles, estereotipos sociales de las conductas desviadas y de la criminalidad. Es más, cabe aducir su indudable influencia en la demanda de concretas políticas criminales, 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, nos es ajena (7). Pero ya no sólo es importante lo que «es» la criminalidad, sino lo que «parece» ante la so-

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,

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).

#### 4. 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). Ésto 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 postinternacional y policéntrica; el problema de la pobreza global; la crisis del principio tradicional de soberanía; una nueva concepción de la estatalidad.

La globalización, qué 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 imperfecciones 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).

#### 5. 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), el conocimiento sólo es liberador cuando se encuentra a la libre y entera disposición de todos. El saber en manos de unos pocos 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 inexactas (36) que generan verdaderas situaciones de inseguridad (37). Es más, incluso las propias instituciones públicas de

beres 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 décadas predicando desde la teoría.

### III. EL DERECHO PENAL Y LA NUEVA SOCIEDAD. TENDENCIAS ACTUALES

#### 1. Delineamientos generales en España

Seguramente —nos advierte SILVA— (44) nunca se había hablado tanto en los círculos intelectuales



*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 la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión, que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica. 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*

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 de-

de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo como se hace en nuestros días. Pero, irónicamente, también hacia 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 socio-económicos). Una criminalización de ninguna manera contrarrestada con la lógica, y 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 ciertamente reveladoras las palabras de SÁEZ VALCÁRCCEL: «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 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

ción hacia los países más ricos (56). Y este 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, des-

## B) 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 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 este es un punto de inflexión que no nos puede seguir permaneciendo ajeno.

## C) 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, 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 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 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 Internet y sus especiales connotaciones (uso masivo, descentraliza-



*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 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*

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 macro-reforma 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.

## 2. 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».

### A) 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 emigra-

arraigo y marginalidad social, sujetas 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. O lo que es lo mismo, de una política criminal de funciones integradoras y no al revés (58).

Porque, igual que sí 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 de 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 de 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).

ción, 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.

#### IV. LOS NUEVOS RETOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

##### 1. 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 que la que participan los viejos protagonistas de la antigua sociedad internacional y también aquellos 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, sometiendo 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 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 criminali-

dad—, y que se limitan a reprimir más y mejor (74). Esto es, se limitan a hacer de la criminalidad una causa en sí 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 válidos, o al menos igualmente eficaces. Esto es, se sigue recurriendo a la receta de ayer (o antayer) 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

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



*La solución, 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*

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 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).

##### 2. 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 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 que el Derecho penal (84).

de RUIDÍAZ, «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).

##### 3. El trasnochado concepto de territorialidad. La ineludible perspectiva internacional

La actual complejidad del fenómeno criminal, en definitiva, no puede ser atendida por conocimientos parciales, 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 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 GIDDENS— 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).

#### 4. 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 TORAINÉ, 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 RUIDÍAZ— en la actualidad resulta 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 civili-

zación» cuando nos damos cuenta 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 propia 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 haya 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 justificada que 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).

#### V. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001.

AA.VV., *Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad* (Vol. I), Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1995.

BARTSCH, H.-J., «Política criminal contemporánea perspectivas europeas», en *Eguzkilore. Cuaderno Vasco de Instituto de Criminología*, núm. 9, diciembre 1995, págs. 9 y ss.

BUENO ARÚS, F., «La discriminación racial y el Código penal español», en *Eguzkilore. Cuaderno vasco del Instituto de Criminología*, número extraordinario 11, diciembre 1997, págs. 193 y ss.

DE LUCAS, J., «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)», en *JPD*, núm. 32, julio 1998, págs. 3 y ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», en *Claves de razón práctica*, núm. 85, 1998, págs. 50 y ss.

FARIA, J. E., «Las metamorfosis del Derecho en la reestructuración del capitalismo», en *JPD*, núm. 39, noviembre 2000, págs. 3 y ss.

FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 106.

GARAPÓN, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997.

GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, «Libertad y seguridad en la crisis del bienestar», en *CPC*, núm. 55, 1995, págs. 329 y ss.

GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2001.

GURRUTXAGA ABAD, A., «Los nuevos retos de los Derechos Humanos», en *Eguzkilore. Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, número extraordinario 12, diciembre 1998, págs. 229 y ss.

JÁUREGUI, G., «¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI», en *Eguzkilore. Cuaderno vasco del Instituto de Criminología*, núm. extraordinario 11, diciembre 1997, págs. 235 y ss.

MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 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», en *CPC*, núm. 72, 2000, págs. 743 y ss.

RUIDÍAZ GARCÍA, C., «Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social», en *CPC*, núm. 62, 1997, págs. 399 y ss.

SÁEZ VALCÁRCEL, *JPD*, núm. 26, julio, 1994, págs. 1 y ss.

SAN JUAN, C., «Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes», en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 13, diciembre 1999, págs. 15 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 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», en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 13, diciembre 1999, págs. 25 y ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

#### Notas

(1) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001, pág. 20.

(2) *Ibidem*.

(3) *Ibidem*.

(4) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, «Libertad y seguridad en la crisis del bienestar», en *CPC*, núm. 55, 1995, pág. 357.

(5) SAN JUAN, C., «Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes», en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 13, diciembre 1999, pág. 19.

(6) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 254.

(7) MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 111.

(8) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 255.

(9) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», en *Claves de razón práctica*, núm. 85, 1998, pág. 50.

(10) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, págs. 117 y ss.

(11) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pág. 22.

(12) Piénsese, 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) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2001, pág. 47.

(14) *Ibidem*.

(15) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 258.

(16) Díez Ripollés, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», *op. cit.*, pág. 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. *Id. infra*, apartado III.2.B).

(18) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal, op. cit.*, pág. 22.

(19) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 259.

(20) *Ibidem*.

(21) Díez Ripollés, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», *op. cit.*, pág. 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 roles, 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. *Id. in* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 263. Y éstos son unos aspectos de la globalización —nos recuerda GIDDENS— al menos tan importantes como los que se producen en el mercado global. *Id. in* GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*, pág. 16.

(23) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 122.

(24) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal, op. cit.*, pág. 23.

(25) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 263.

(26) *Ibidem*, pág. 264.

(27) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*, pág. 19.

(28) GURRUTXAGA ABAD, A., «Los nuevos retos de los Derechos Humanos», en *Eguzkilore. Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, número extraordinario 12, 1998, pág. 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». *Id. in* GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*, págs. 27 y ss.

(30) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 265.

(31) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal, op. cit.*, pág. 70.

(32) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 265.

(33) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal, op. cit.*, págs. 27 y ss.

(34) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 143.

(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. *Id. in* GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, «Libertad y seguridad en la crisis del bienestar», *op. cit.*, pág. 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». *Id. in* GARAPÓN, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997, pág. 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. *Id. in* BARTSCH, H.-J., «Política criminal contemporánea perspectivas europeas», en *Eguzkilore. Cuaderno Vasco de Instituto de Criminología*, núm. 9, diciembre 1995, págs. 12 y 13.

(39) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, «Libertad y seguridad en la crisis del bienestar», *op. cit.*, pág. 359.

(40) FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 106.

(41) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal, op. cit.*, págs. 40 y 41.

(42) *Ibidem*, págs. 31 y ss.

(43) *Ibidem*, pág. 43.

(44) *Ibidem*, pág. 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, relativa 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 la ley del 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 1/3 parte de nuestro texto punitivo (aproximadamente unos 200 artículos). Esto es, el catálogo 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 inadmisiblemente, 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 VALCÁRCCEL, *JPD*, núm. 26, julio, 1994, pág. 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». *Id. in* Díez Ripollés, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», *op. cit.*, pág. 51.

(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 11/1999 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 *status* social.

(54) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*, págs. 14 y ss.

(55) DE LUCAS, J., «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)», en *JPD*, núm. 32, julio 1998, pág. 3.

(56) 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», en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 13, diciembre 1999, pág. 26.

(57) JAUREGUIL, G., «¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI», en *Eguzkilore. Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, número extraordinario 11, diciembre 1997, pág. 236.

(58) 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», en *CPC*, núm. 72, 2000, págs. 749 y ss.

(59) ARANGO, J., «Población y migraciones internacionales», en AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1995, págs. 168.

(60) SAN JUAN, C., «Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes», *op. cit.*, pág. 24.

(61) 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», *op. cit.*, pág. 27.

(62) MILITELLO, V., «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*, Colex, Madrid, 2001, pág. 177.

(63) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*, pág. 22.

(64) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 143.

(65) MORALES PRATS, F., «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, op. cit.*, págs. 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) FARIA, J. E., «Las metamorfosis del Derecho en la reestructuración del capitalismo», en *JPD*, núm. 39, noviembre 2000, pág. 6.

(68) RUIDÍAZ GARCÍA, C., «Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social», en *CPC*, núm. 62, 1997, pág. 409.

(69) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 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». *Id. in* SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal, op. cit.*, pág. 49.

(71) FARIA, J. E., «Las metamorfosis del Derecho en la reestructuración del capitalismo», *op. cit.*, pág. 11.

(72) Díez Ripollés, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», *op. cit.*, pág. 48.

(73) CORTINA, A., «La innovación y los valores éticos», en AA.VV., *Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad* (Vol. I), Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, págs. 58 y ss.

(74) Para ilustrar como 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». *Id. in* BARTSCH, H. J., «Política criminal contemporánea perspectivas europeas», *op. cit.*, págs. 145 y 15.

(75) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, «Libertad y seguridad en la crisis del bienestar», *op. cit.*, pág. 361.

(76) BARTSCH, H. J., «Política criminal contemporánea perspectivas europeas», *op. cit.*, pág. 14.

(77) Las estadísticas ofertadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nos muestra 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, H. J., «Política criminal contemporánea perspectivas europeas», *op. cit.*, pág. 15.

(79) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 272.

(80) *Ibidem*.

(81) Díez Ripollés, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», *op. cit.*, pág. 49.

(82) 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», *op. cit.*, pág. 37.

(83) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, págs. 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. *Id. in* Díez Ripollés, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», *op. cit.*, pág. 50.

(86) BUENO ARÚS, F., «La discriminación racial y el Código penal español», en *Eguzkilore. Cuaderno Vasco del Instituto de Criminología*, número extraordinario 11, 1997, pág. 200.

(87) Y que 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) RUIDÍAZ GARCÍA, C., «Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social», *op. cit.*, pág. 410.

(89) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 275.

(90) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Exigencias sociales y política criminal», *op. cit.*, pág. 49.

(91) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 135.

(92) 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», *op. cit.*, pág. 37.

(93) FARIA, J. E., «Las metamorfosis del Derecho en la reestructuración del capitalismo», *op. cit.*, pág. 10.

(94) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*, pág. 30.

(95) *Ibidem*, pág. 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, L., *Política criminal, op. cit.*, pág. 276.

(98) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 131.

(99) TORAINE, A., «¿Qué es la democracia?», en *Temas de hoy*, Madrid, 1994, pág. 363. *Vid.* en JAUREGUI, G., «¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI», *op. cit.*, pág. 245.

(100) RUIZ TAGLE, A. M., «La necesidad de la cooperación internacional como instrumentos de desarrollo», en

AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 163.

(101) RUIDÍAZ GARCÍA, C., «Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social», *op. cit.*, págs. 410 y 411.

(102) MESA, R., *La nueva sociedad internacional, op. cit.*, pág. 120.

(103) *Ibidem*, págs. 135 y 136.

(104) *Ibidem*, pág. 156.

(105) GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, «Libertad y seguridad en la crisis del bienestar», *op. cit.*, pág. 362.

(106) DE LUCAS, J., «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)», *op. cit.*, pág. 4.

(107) *Ibidem*, pág. 6.

(108) GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, op. cit.*, pág. 17.



## Tribunal Supremo

# EQUIPARACIÓN DE LOS PROFESORES INTERINOS DE FACULTAD DE MEDICINA A LOS PROFESORES TITULARES EN ORDEN A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ESPECIALISTA

1338—TS 3.ª Secc. 7.ª S 21 Mar. 2005.—Ponente: Sr. Murillo de la Cueva.

**TITULACIÓN ACADÉMICA O PROFESIONAL.—Solicitud de título médico especialista en psiquiatría por profesor titular interino en Facultad de Medicina y con posesión del título de doctor en medicina y cirugía.—Interpretación del artículo 18 RD 127/1984.—Equiparación de los profesores interinos a los titulares.**

En el caso, el recurrente, profesor titular interino de la Facultad de Medicina y con posesión del título de doctor en medicina y cirugía, solicitó se le expidiera el título de médico especialista en psiquiatría. El M.º Educación y Ciencia resolvió denegar lo pedido alegando que se había formado en centros dependientes de una Universidad distinta de aquella en la que ejerce su docencia y que en el momento de la solicitud no era profesor titular. Pues bien, si como hace el art. 18 RD 127/1984 de 11 Ene. (regulación de la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista) y desarrolla la OM Educación y Ciencia 4 Jun. 1987 se parte de la base de que los profesores titulares y ayudantes doctores de las Facultades de Medicina pueden estar entre esos médicos que han adquirido una formación especializada por una vía distinta de la que el Real De-

creto establece como normal o común, ninguna razón hay para incluir a los ayudantes doctores y excluir a los profesores titulares interinos. La interpretación contraria mantenida por el M.º Educación y Ciencia y la sentencia de instancia consagra una solución carente de racionalidad porque, efectivamente, da preferencia a quien ocupa una posición académicamente inferior —el ayudante doctor— frente a quien desempeña, aunque sea interinamente, un puesto al que la LO 11/1983 de 25 Ago. (reforma universitaria) asigna una relevancia superior —profesor titular de Universidad—. Por tanto, criterios lógicos y sistemáticos, así como la finalidad que persigue el legislador, llevan a la conclusión de que en la norma del art. 18 RD 127/1984 han de entenderse incluidos no sólo los profesores titulares de Universidad funcionarios de carrera, sino también los interinos.

**Normas aplicadas:** LO 11/1983 de 25 Ago. (reforma universitaria); OM Educación y Ciencia 4 Jun. 1987 (desarrollo del RD 127/1984 de 11 Ene., de obtención de títulos de especialidades médicas); art. 18 RD 127/1984 de 11 Ene. (regulación de la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista).

## La sentencia del día



### POSIBLE COMISIÓN DE UN FRAUDE INFORMÁTICO A TRAVÉS DE UN PROGRAMA QUE AÑADE UNA CONEXIÓN TELEFÓNICA DE TARIFICACIÓN ADICIONAL PARA ACCEDER A UNA WEB PORNOGRÁFICA

1403—AP Valladolid S 11 Abr. 2005.—Ponente: Sr. Martínez García.

**ESTAFA.—Fraude informático.—Programa que añade una conexión telefónica de tarificación adicional, a través de una página web de contenido pornográfico.—Inexistencia de conducta engañosa.**

El juzgador *a quo*, en el caso, llegó a la conclusión de que no se ha acreditado la existencia del engaño como elemento nuclear del delito de estafa, referido específicamente al enjuiciamiento de un posible fraude informático —programa que añade una conexión telefónica de tarificación adicional, a través de una página web de contenido pornográfico—, en los términos contemplados en el art. 248.2 CP 1995 (LA LEY-LEG. 3996/1995). Se trata de una cuestión novedosa y compleja que requiere conocimientos especializados de informática, de ahí la importancia de la prueba pericial, no obstante

haber tenido lugar ésta una vez que la menor había eliminado del ordenador afectado dicha conexión; pese a ello, y aunque lo alegado pueda ser cierto, lo único que se ha probado es la falta de acreditación del fraude. No puede imputarse a la aplicación engaño alguno ya que la descarga del programa requería autorización expresa mediante el sistema de casilla de verificación, informaba adecuadamente al usuario de su naturaleza pornográfica y de que se le iba a crear una nueva conexión en su ordenador —acceso a internet por línea 906—, así como del precio determinado por minuto. Y tampoco consta que modificase la conexión predeterminada, colocando como tal la nueva, más cara. De ahí que deba confirmarse el fallo absolutorio de instancia.

**Normas aplicadas:** art. 248.2 CP 1995 (LA LEY-LEG. 3996/1995).

Valladolid, 11 Abr. 2005.

La Audiencia Provincial de esta capital ha visto, en grado de apelación, sin celebración de vista pública, el presente procedimiento penal, dimanante del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid, por delito

de estafa, seguido contra Álvaro, defendido por el Letrado D. Javier A. Maestre Rodríguez, y representado por la Procuradora D.ª María Jesús Trimiño Rebanal, siendo partes, como apelante D. Juan Enrique, defendido por el Letrado D. Enrique Tresierra Cascajo y representado por la Procuradora D.ª Ana Sán-

chez Azpeitia, y como apelados el Ministerio Fiscal y el citado acusado Álvaro, actuando como Ponente el Magistrado Sr. Martínez García.

(...)