

# ¿HACIA EL DERECHO PENAL DE LA POSTMODERNIDAD?

**Bernardo del Rosal Blasco**

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante*

---

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-08, p. 08:1-08:64. Disponible en Internet :

<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 11-08 (2009), 2 jun]

**RESUMEN:** Los ordenamientos penales de los países con economías desarrolladas están sufriendo transformaciones vertiginosas en los últimos tiempos, y lo mismo ocurre en España. Aunque los contextos nacionales pueden condicionar, cuantitativa o cualitativamente, muchos de estos cambios, hay rasgos comunes destacables, como también pueden ser comunes algunas de las explicaciones que subyacen tras esas nuevas orientaciones legales. El objetivo de este trabajo es señalar cuáles han sido, o están siendo, los rasgos fundamentales que definen la mayor parte de las reformas legales que se han implementado, o se están implementando, en los sistemas penales contemporáneos desde los años 80 del pasado siglo hasta el presente, y cuál la filosofía que las inspira. A juicio del autor, es posible concretar ese conjunto de características, fundamentalmente, en la consagración de un nuevo punitivismo; en la utilización de la pena con unos fines preferentemente inocuidadores, en parte, como

consecuencia del derrumbe del modelo del ideal rehabilitador y, en parte, también, como resultado de la irrupción del paradigma del riesgo en Derecho penal; en el puesta en marcha de estrategias actuariales de control del riesgo; y, finalmente, en el ejercicio del populismo penal, la conversión de la víctima en un nuevo icono de la política penal y en una novedosa forma de implicación de la comunidad en el diseño y ejecución de las políticas penales. El trabajo también pretende analizar si todos los aludidos cambios son meras transformaciones internas de los sistemas de control del delito, que no implican una alteración del modelo o, por el contrario, nos enfrentamos al nacimiento de un nuevo modelo, que implica una discontinuidad con el pasado y una nueva forma de contemplar el fenómeno criminal y de responder frente a él.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, sistema penal, justicia criminal, política criminal, pena, prisión, punitivismo, inocuidación, rehabilitación, estrategia actuarial, populismo penal, control del riesgo, seguridad ciudadana, inseguridad, víctima, registro y notificación de delincuentes, comunidad, sanción comunitaria, modernidad, tardomodernidad, postmodernidad.

Fecha de publicación: 2 junio 2009

---

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Algunos rasgos característicos de las reformas penales de los últimos tiempos: A) Consideraciones preliminares; B) El "nuevo" punitivismo; C) La inocuidación como fin primordial de la pena para alcanzar la seguridad, tras el derrumbe del ideal

*rehabilitador y la irrupción del paradigma del riesgo. Además, un elemento añadido: el análisis económico del delito: 1. El derrumbe del modelo terapéutico o del ideal rehabilitador; 2. La irrupción del paradigma del riesgo; 3. Un elemento añadido: el análisis económico del delito; D) La implantación de estrategias actuariales de control del riesgo; E) El populismo penal, la víctima como nuevo icono y la implicación de la comunidad en el diseño y ejecución de las políticas penales. III. ¿Modernidad o postmodernidad en los vigentes cambios de la política criminal y del Derecho penal?.*

## I. INTRODUCCIÓN

Desde, aproximadamente, finales de los años 80 y comienzos de los 90 del pasado siglo, las legislaciones penales de la mayoría de los países occidentales están experimentando una serie de transformaciones, vertiginosas en el ritmo y, aparentemente, muy profundas en cuanto a los principios sobre los que parecen inspirarse, que han hecho que las doctrinas penal, penológica y criminológica, tanto foránea como española, hayan centrado de forma muy llamativa su atención en tratar, no sólo de describir sus rasgos fundamentales, sino, sobre todo, de adivinar cuál es el modelo de política criminal y la ideología o la filosofía que, sobre el delito, la pena, el delincuente y la víctima, sustenta todas esas modificaciones. No se trata de que los estudiosos del ámbito de la justicia criminal de nuestro entorno cultural y de nuestro propio país nunca antes se hayan preocupado en descubrir la filosofía penal dominante que se esconde tras determinadas decisiones legislativas, pero ahora esta preocupación alcanza unos niveles de generalidad y prioridad antes desconocidos<sup>1</sup>, y aunque las explicaciones, obviamente, son diversas y contienen matices que tienen mucho que ver con los concretos contextos nacionales, existen algunas coincidencias en los análisis que merece la pena señalar<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>. Quizás porque, como ha señalado Garland, refiriéndose a los EE.UU. y a Gran Bretaña, "el panorama del control del delito que ha surgido... a fines del siglo XX ha sorprendido a los expertos y ha desafiado las predicciones históricas" (*La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducción de M. Sozzo, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 313).

<sup>2</sup>. En el presente trabajo se parte de la idea de que en las culturas del control del delito contemporáneas de los países con economías desarrolladas hay muchos elementos y rasgos comunes, que pueden validar, para nosotros, las explicaciones de la literatura comparada sobre procesos similares de cambio habidos en sus respectivos ordenamientos jurídicos, entre otras cosas porque la globalización ha hecho converger, como nunca antes, los sistemas y las culturas jurídicas, al menos, la de dichos países. Como ha señalado Friedman, "la convergencia refleja la interdependencia económica; pero algo más. En un mundo unido por la televisión, los satélites y los puertos de transporte, se produce una cierta fusión de las culturas mundiales; y la cultura jurídica difícilmente puede permanecer inmune. Cuando las sociedades tienen experiencias similares y están expuestas a un mundo único de transportes y comunicaciones, sus sistemas jurídicos también, necesariamente, se aproximan unos a otros" ("Is There a Modern Legal Culture?", en *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 7, núm. 2, 1994, pág. 126). Ello no quiere decir que se deban desatender los contextos nacionales, con sus particularidades políticas y sus diferentes desarrollos sociales, económicos y culturales, porque todas ellas pueden perfilar o matizar muchos de esos rasgos, estableciéndose diferencias cuantitativas y cualitativas que pueden llegar a ser notables (así, con razón, por ejemplo, Tonry, M: "Symbol, Substance, and Severity in Western Penal Policies", en *Punishment and Society*, vol. 3, núm. 4, 2001, págs. 517 y ss.). No obstante, excede, lógicamente, de las pretensiones de este trabajo profundizar hasta ese extremo, explicando esas diferencias cualitativas o cuantitativas. A tal fin, pueden ser muy sugerentes los trabajos incluidos en Newburn, T. y Sparks, R. (eds.): *Criminal Justice and Political Cultures: National and International Dimensions of Crime Control*, Willan Publishing, Cullompton, 2004.

La primera de ellas, en la que parecen coincidir la mayor parte de esos trabajos doctrinales es que se ha quebrado definitivamente un patrón que se daba por descontado, y es que a gobiernos conservadores les corresponde adoptar un tipo de decisiones de política criminal, de orientación obviamente conservadora, y a gobiernos de izquierda les deberían de suceder decisiones de sentido opuesto, es decir, de contenido progresista. Los estudiosos del tema manifiestan, sin embargo, su desconcierto por la deriva que las políticas criminales oficiales, sobre todo la de los gobiernos progresistas<sup>3</sup>, han tomado en los países occidentales en los finales del siglo XX y comienzos del XXI, porque existía la convicción de que la evolución del Derecho penal, desde los finales de la II Guerra Mundial, había tomado el rumbo de la *racionalidad* y la *definitiva humanización*. De modo que, aún con gobiernos conservadores, se daba por descontado que determinados límites de racionalidad ya no se iban a traspasar. Ahora, sin embargo, hay serias dificultades para entender y explicar por qué, súbitamente, ese rumbo, a finales del siglo XX, se ha variado, experimentando un giro de casi 180 grados<sup>4</sup>. Los análisis contemporáneos que se hacen están, pues, claramente destinados a comprender por qué, en sociedades modernas y mucho más igualitarias, que están organizadas políticamente con sistemas democráticos avanzados y consolidados, se está produciendo un Derecho penal de características muy regresivas, más propio de sociedades más primitivas y menos igualitarias y democráticas, y por qué gobiernos de izquierda han abrazado sin pudor discursos y esquemas ideológicos, en materia de política criminal, más propios de sus adversarios conservadores o, incluso, más propios de regímenes políticos autoritarios<sup>5</sup>.

<sup>3</sup>. En España, han puesto de manifiesto esta nueva actitud de la izquierda, entre otros, Silva Sánchez, J.M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Ed. Cívitas, Madrid, 2001, pág. 23; Cancio Meliá, M.: "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000", en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, julio 2002, pág. 20; del mismo: "¿Derecho penal del enemigo?", en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Thomson Cívitas, Madrid, 2003, págs. 71-72; Maqueda Abreu, M.L.: "Políticas de seguridad y estado de Derecho", en Pérez Álvarez, F. (coord.): *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 1.291. No comparte esa opinión respecto de la izquierda política española (si bien es cierto que en un trabajo publicado en el año 2002), Martínez-Buján Pérez, C.: "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en Díez Ripollés, J.L., Romeo Casabona, C.M., Gracia Martín, L., e Higuera Guimerá, J.F.: *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 406.

<sup>4</sup>. Lo explica, así, Garland: "Los procesos de modernización que, hasta hace poco, parecían tan bien consolidados en este ámbito --principalmente las tendencias de largo alcance hacia la «racionalización» y la «civilización»-- parecen ahora comenzar a revertirse. La reaparición en la política oficial de sentimientos punitivos y gestos expresivos que parecen extraordinariamente arcaicos y francamente antimodernos tiende a confundir a las teorías sociales actuales sobre el castigo y su desarrollo histórico" (*La cultura...*, ob. cit., pág. 34).

<sup>5</sup>. No sería del todo justo confundir lo que ha sido la actitud de la *izquierda política* con la de la *izquierda académica*. Así, cuando las críticas se dirigen, también, a esa izquierda académica se está, fundamentalmente, haciendo referencia, por ejemplo, en la Gran Bretaña de los años 80 del pasado siglo, a autores de la talla de John Lea, Roger Matthews, Jock Young, Richard Kinsey o Geoff Pearson. Comenzando con los trabajos de Young ["Working Class Criminology", en Taylor, I., Young, J. y Walton (eds.): *Critical Criminology*, Routledge & Kegan Paul, London, 1975] y de Lea y Young (*What is to be Done About Law and Order?*, Penguin, Harmondsworth, 1984), estos autores inician un nuevo discurso de *izquierda realista*, crítico, a la vez, con la *criminología administrativa* conservadora y con las tendencias románticas desenfadadas de la criminología radical marxista (la *izquierda idealista*), que debía de combatir, desde el punto de vista práctico, el conservadurismo y el discurso *imposibilista* de esa otra *izquierda*, ya fuera por la imposibilidad de reformar, ya fuera por la ineludible realidad

La segunda extendida coincidencia estriba en que, aceptándose, como se acepta, que los modelos político-criminales imperantes son regresivos y excesivamente represivos o punitivos, sin embargo, estos se están diseñando e implementando, aparentemente, con un amplio respaldo o consenso social y, especialmente, con un mayoritario apoyo de sectores sociales tradicionalmente opuestos a este tipo de endurecimientos de la legislación penal; ello es así hasta el punto de que, incluso, se puede llegar a afirmar que tales modificaciones regresivas se están adoptando porque lo demandan esos sectores sociales, que no han dudado en unirse a los sectores que tradicionalmente las demandaban. De modo que no sólo ha cambiado el patrón *político* (gobierno conservador es sinónimo de decisiones político-criminales conservadoras y viceversa), sino que el patrón *social* de soporte de esas decisiones también se ha visto alterado, porque ya no se puede mantener que las políticas conservadoras sean sólo apoyadas por sectores sociales tradicionalmente privilegiados o favorecidos, ya que también sectores sociales tradicionalmente progresistas y sectores sociales desfavorecidos se han sumado a esos apoyos<sup>6</sup>.

del incremento de las cifras de delincuencia, ya fuera por el inevitable fracaso de la rehabilitación; es el momento, decía Young, de competir, en términos políticos, para salir del *ghetto* del imposibilismo ["The Failure of Criminology: the Need for a Radical Realism", en Matthews, R. y Young, J.: *Confronting Crime*, Sage Publications, London, Beverly Hills, New Dehli, 1986, págs. 4 y ss.; referencias a dicha posición, en Silva Sánchez, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pág. 23-25, y Rivera Beiras, I.: "Principios orientadores del constitucionalismo social", en Rivera Beiras, I. (ed.): *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos Ed., Rubí (Barcelona), 2005, págs. 213 y ss.]. Curiosamente, una posición muy similar parece sustentarla, ahora, en España, Díez Ripollés ("El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, 2004, págs. 03:1 y ss.), quien también preconiza adoptar una actitud académica posibilista y realista que haga más competitivos a los autores progresistas y facilite que sus propuestas, y en general las de la doctrina, sean atendidas.

De todas formas, preconizar un realismo de izquierdas no significó, en absoluto, que Lea, Matthews, Young, Kinsey o Pearson se deslizaran por la pendiente del punitivismo y de la inocuización, por más que sea cierto que la posición realista de izquierdas dio cobertura intelectual a muchas de las reformas orientadas bajo el prisma del *law and order*, en la etapa de Tony Blair, entre otras cosas porque algunos de esos *nuevos realistas* (por ejemplo, Young) participó muy activamente en el diseño del programa político-criminal del Partido Laborista para las elecciones generales de 1997 (muy ilustrativo, al respecto, de cómo se facilitó tal cobertura intelectual, Brownlee, I.: "New Labour: New Penology? Punitive Rhetoric and the Limits of Managerialism in Criminal Justice Policy", en *Journal of Law and Society*, vol. 25, núm. 3, 1998, págs. 318 y ss.). Ahora bien, tampoco se debe de perder de vista que, habitualmente, la maquinaria del poder tiene una innata inteligencia para fagocitar, digerir, transformar y, finalmente, prostituir, en su beneficio, cualquier ideología *posibilista* y *realista*. En fechas más recientes, por ejemplo, Young ha sido muy crítico con la política criminal desarrollada por los gobiernos de Blair, a quien le acusa de faltar a su promesa, al haber sido *tough on crime* (duro con el delito) pero no *tough on causes of crime* (duro con las causas del delito), de haber ejercido el populismo punitivo y de haber perdido la gran oportunidad de hacer un política criminal socialmente más incluyente [véase, Young, J. y Matthews, R.: "New Labour, Crime Control and Social Exclusion" (págs. 1 y ss.) y Young, J.: "Winning the Fight Against Crime? New Labour, Populism, and Lost Opportunities" (págs. 33 y ss.), en Matthews, R. y Young, J. (eds.): *The New Politics of Crime and Punishment*, Willan Publishing, Cullompton, Devon, 2003].

<sup>6</sup>. Son abundantes los estudios que, sobre bases empíricas, intentan analizar la certeza de esas demandas públicas de mayor severidad punitiva. Muy conocido es, por ejemplo, el trabajo de Roberts, J.V., Stalans, L.J., Indermaur, D. y Hough, M.: *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Oxford University Press, Cary, NC, 2003. En general, lo que suelen arrojar estos estudios es que, si bien, en abstracto, puede haber momentos en los que exista una demanda pública de mayor rigor punitivo, cuando se descende a supuestos concretos y particulares, y se le suministra a los encuestados una información más detallada, esa demanda desaparece [*ibídem*, págs. 21 y ss.; en el mismo sentido, Bottoms, A.: "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", en Clarkson, C. y Morgan, R. (eds.): *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 40; más recientemente, Hutton, N.: "Beyond Populist Punitiveness?", en *Punishment and Society*, vol. 7, núm. 3, 2005, págs. 243 y ss.]. Tampoco faltan estudios que han pretendido demostrar que la gente

En la doctrina española existen, incluso, algunos esfuerzos por establecer cuáles deberían de ser las líneas fundamentales del *modelo político-criminal doctrinal*, porque se parte de la suposición de que lo hasta ahora preconizado por expertos y académicos del ámbito del Derecho penal es insostenible, al no atender a las nuevas, pero reales y fundadas, demandas de mayor seguridad, lo que nos habría condenado a ser ignorados, y, por lo tanto, es nuestra responsabilidad ofrecer un modelo alternativo que, sin renunciar a determinados principios básicos, resulte, sin embargo, aceptable o acogible por los encargados de diseñar la política criminal oficial e impulsar la elaboración y aprobación de las leyes penales. Ese nuevo modelo alternativo debería de atender, satisfactoriamente, a esa *nueva* sensibilidad social o a esas *nuevas* demandas sociales para, de esta forma, recuperar nuestra capacidad de ser escuchados y de que nuestros planteamientos sean atendidos. De esa manera, lograríamos la implantación de un *modelo racional* de Derecho penal que ponga coto a una tendencia político-criminal abiertamente indeseable por la forma en la que ésta diseña nuestra legislación penal <sup>7</sup>.

Al margen de estas extendidas coincidencias, en lo que no acierta a ponerse de acuerdo la doctrina es en la interpretación del significado y trascendencia de tales cambios. Así, hay autores que los interpretan en clave de presiones externas que sufren los sistemas penales y que, cíclicamente, fuerzan determinadas modificaciones, pero

suele tener más tendencia a aplicar una *justa justicia retributiva*, como respuesta penal frente a los delitos, que a castigar con vistas a la prevención de futuros delitos, inocuizando o incapacitando al delincuente; así, por ejemplo, Darley, J.M., Carlsmith, K.M. y Robinson, P.H.: "Incapacitation and Just Deserts as Motives for Punishment", en *Law and Human Behaviour*, vol. 24, núm. 6, 2000, págs. 659 y ss. Igualmente, otros han señalado que es posible detectar que el incremento de los sentimientos punitivos del público, en ocasiones, corre parejo a la sensación de que *no se hace nada en contra de la delincuencia*, especialmente, en zonas o barrios donde las cifras de victimización son elevadas; así, Bottoms, A.E. y Wilson, A.: "Attitudes to Punishment in Two High-Crime Communities", en Bottoms, A.E., Rex, S. y Robinson, G. (eds.): *Alternatives to Prison: Options for an Insecure Society*, Willan Publishing, Cullompton, 2004, págs. 366 y ss. En España, estudios recientes demuestran, igualmente, que la actitud del público, en general, dista bastante de ser punitiva o represiva; así, Varona Gómez, D.: "Opinión pública y justicia penal: resultados de un estudio piloto (I) y (II)", en *Boletín Criminológico*, núms. 103 (marzo) y 104 (abril), 2008; del mismo: "Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de población universitaria española", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 6, 2008, págs. 1 y ss. Por lo demás, es obvio lo difícil que resulta a determinar cuál es la concreta voluntad de los miembros de *toda una sociedad* en torno a cuál debe de ser el contenido de las decisiones político-criminales, porque, como afirma, por ejemplo, Jonathan Simon (*Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, New York, 2007, pág. 106), hablando de los EE.UU., es un error asumir que una sociedad política tan diversa y compleja como la norteamericana se alinee, toda ella, tras de una visión tan monolítica sobre la manera de gobernar los intereses de la gente.

<sup>7</sup>. Así, implícitamente, en el discurso de Silva Sánchez (*La expansión...*, ob. cit., pág. 22), quien pone de manifiesto cómo "difícilmente podrá interpretarse la situación de modo correcto y, con ello, sentar las bases de la mejor solución posible a los problemas que suscita, si se desconoce la existencia de nuestro ámbito cultural de una verdadera demanda social de *más* protección" (subrayado en el original). Por eso, se debe de hacer una propuesta "más realista o, si se quiere, posibilista acerca de la medida en que, desde un Derecho penal con vocación racionalizadora, han de acogerse las demandas sociales de protección precisamente «penal»" (*ibidem*, pág. 150). Más explícitamente, Díez Ripollés ("El nuevo...", en *ob. cit.*, págs. 03:1-03:2) alude a la "incapacidad de los expertos de la política criminal... para analizar con la necesaria ecuanimidad unas decisiones y actuaciones que, por muy imprevisitas que sean, no se puede negar que gozan de un generalizado respaldo popular y de un impulso político de amplio espectro ideológico", consecuencia, en buena medida, de "que los penalistas están analizando las transformaciones jurídico-penales en curso desde un modelo analítico equivocado o, por mejor decir, en trance de superación". Parece sumarse a esta posición, Cardenal Monraveta, S.: "El Derecho penal 25 años después de la aprobación de la Constitución", en Castellà Andreu, J.M. (coord.): *La Constitución y el ordenamiento jurídico*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, págs. 361 y ss.

sin que ello llegue a significar el nacimiento de un nuevo modelo en las propias concepciones internas del sistema, el cual, por lo tanto, permanece básicamente inalterado en sus rasgos esenciales. Otros, sin embargo, no dudan en señalar que los nuevos cambios dan cuenta de una profunda transformación interna del propio sistema, de forma que aunque éstos convivan con otras modificaciones que han sido forzadas por las presiones externas al sistema, aquellos sí que ponen en evidencia el surgimiento de un nuevo modelo de política criminal, cuyas concepciones, no sólo sobre los fines y objetivos a los que ésta debe aspirar, sino, igualmente, sobre el delito y los criterios para la imputación y atribución de responsabilidades penales individuales, difieren radicalmente de cualquier modelo hasta ahora ensayado y explicado. El dilema explicativo nos colocaría, pues, ante dos posibles alternativas analíticas: la primera, que las modificaciones en las legislaciones penales que estamos experimentando son las propias del Derecho penal de la modernidad, o de la tardo-modernidad, que cíclicamente reasigna fines diferentes a la pena; la segunda, que, por el contrario, estos cambios nos están abocando a un Derecho penal diferente, producto de lo que se podría definir como el *modelo político-criminal de la postmodernidad*. Si estos últimos tuvieran razón, quedaría, además, por aclarar en qué consistiría y sobre qué presupuestos ideológicos o filosóficos se diseña ese nuevo modelo penal.

Sería imposible traer aquí a colación todos los trabajos que, de una u otra forma, tratan de dar respuesta a la cuestión aquí planteada y que, por lo tanto, se refieren y critican las orientaciones o concepciones vigentes sobre el delito, la pena y el delincuente, en los sistemas penales del último tercio del siglo XX y comienzos del siglo XXI, ya se asienten sobre discursos de crítica tradicional a rasgos endémicos del sistema de justicia criminal que, últimamente, han experimentado algunos giros novedosos, ya describan genuinos nuevos cambios que, aunque convivan con rasgos endémicos, están dando origen a un modelo muy diferente. Por ello, aún a riesgo de dejar fuera trabajos que no por ello dejan de tener interés, se han procurado seleccionar los que, a juicio del autor, describan mejor o sean más significativos de cada una de las posiciones, algunos de ellos, además, de notable influencia en la doctrina posterior. No obstante, antes de analizar, con cierto detalle, ambas posiciones, se va a comenzar por exponer, aunque no sea de forma exhaustiva, qué características adornan a esos cambios legislativos a los que hemos hecho referencia y que tienen coincidencias notables en el Derecho comparado.

Una última observación antes de entrar en materia. En las próximas páginas, como se ha señalado, se pretenden exponer los rasgos comunes, o más o menos comunes, de las reformas penales de los países de nuestro entorno cultural y político y de nuestro propio país. Se ha de advertir, no obstante, que los rasgos que se señalan y separan, a efectos analíticos y expositivos, en la realidad no se muestran de esa forma tan distinguible, pues, a veces, se solapan, alimentándose y potenciándose mutuamente. No obstante, todos ellos tienden a poner en evidencia una determinada visión del delincuente y del fenómeno criminal que es lo que se pretende reseñar como conclusión en el trabajo. Por otra parte, hay que tener también en cuenta que los rasgos que se exponen parecen indicar cambios profundos en el modelo o, a lo mejor, un cambio de



modelo y, como tales, hay que interpretarlos; es decir, en clave de síntomas de la irrupción de un cambio. Pero eso no quiere decir que los cambios en el modelo o que los cambios de modelo penal se produzcan bruscamente, de la noche a la mañana, sino que hay síntomas persistentes, que apuntan a un cambio de tendencia, pero que ni se producen con carácter general, para todo el sistema, ni dejan de convivir con instituciones y prácticas que siguen teniendo su base ideológica en el modelo precedente <sup>8</sup>.

## II. ALGUNOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LAS REFORMAS PENALES DE LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

### A) Consideraciones preliminares

En parte, por lo que acabamos de apuntar y, en parte, porque las presiones no siempre inciden sobre los mismos aspectos o ámbitos de los sistemas penales, ningún sistema de justicia criminal, y por supuesto tampoco el español, suele obedecer a un esquema ideológico "puro", de modo que, por regla general, en el ámbito de las legislaciones penales suelen convivir disposiciones inspiradas en concepciones liberales del estado y de la economía con otras de signo inequívocamente más social. Si nos fijamos, más concretamente, en los sistemas de sanciones que contienen esas legislaciones penales y en cómo resuelven estos el problema de los fines que, con el mismo, se pretenden alcanzar a través del Derecho penal, también podremos encontrar, con carácter general, sanciones en las que su orientación preventivo-general es preponderante, ya sea haciendo hincapié en el componente intimidatorio, ya lo sea en la vocación integradora, que, a su vez, conviven con otras en las que lo que prevalece es la orientación preventivo-especial, ora se inspire ésta en el modelo terapéutico o rehabilitador, ora en la intimidación individual, ora en la inocuización. Muchas veces, todas ellas, normas de orientaciones contrapuestas, han surgido en similares momentos históricos y, otras, son fruto de momentos en los que las tendencias que las inspiraban eran predominantes. Con todo, en los últimos tiempos, en el ámbito de las reformas de las legislaciones penales y penitenciarias, hay quien, como Pat O'Malley <sup>9</sup>, piensa que esas contradicciones internas se han agudizado porque estamos asistiendo a lo que él describe cómo una "desconcertante serie de desarrollos", "muchos de los cuales se nos muestran como mutuamente incoherentes o contradictorios", de forma que "obediencia

<sup>8</sup>. Como señala, por ejemplo, Pratt ("The Return of the Wheelbarrow Men: Or, the Arrival of Postmodern Penalty?", en *British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 1, 2000, págs. 140-141), esencialmente, no hemos asistido todavía a un cambio histórico completo, sino que asistimos a sus inicios, de modo que, durante un tiempo, lo viejo tendrá una significativa coexistencia con lo nuevo, a la vez que lo nuevo irá teniendo una acelerada importancia creciente, similar al descenso en importancia de lo viejo.

<sup>9</sup>. "Volatile and Contradictory Punishment", en *Theoretical Criminology*, vol. 3, núm. 2, 1999, págs. 175-176.; una posición muy similar, en España, la ha mantenido García Pablos, A.: "Tendencias del actual Derecho penal", en VV.AA.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología. Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, págs. 39-40. Más recientemente, Donini ha hablado de "los diversos tipos de Derecho penal que coexisten hoy" ("El Derecho penal diferenciado. La coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea", en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, págs. 11 y ss.).

disciplinaria *versus* autonomía emprendedora, inocuización y almacenamiento *versus* reforma correccional, castigo y estigma *versus* reinserción, criminalización formal *versus* acuerdos informales entre víctima y delincuente, son binomios inconsistentes y, en ocasiones, contradictorios de la política y la práctica penal contemporánea", hasta el punto que --según el autor-- la vigente situación de inconsistencia penológica cuenta con escasos precedentes en la historia del Derecho penal moderno.

Posiblemente, si se analizan los cambios habidos, desde los años 80 del pasado siglo hasta el presente, en las legislaciones y en las prácticas penales y penitenciarias británica, norteamericana, canadiense, australiana y, en general, la de los países de tradición jurídica anglosajona, no le falte razón a este agudo autor australiano<sup>10</sup>. Pero, en lo que a España se refiere, teniendo en cuenta que desde los comienzos de la Transición Democrática y hasta el día de hoy, la ausencia de un modelo político-criminal claro y coherente ha sido una constante, las contradicciones internas del modelo legislativo y de las prácticas penales y penitenciarias son endémicas. Por ello, sin mayor problema, nos hemos acostumbrado a vivir con una legislación penal en la que disposiciones de clara orientación autoritaria conviven con otras más propias del Derecho penal de un estado social y democrático de Derecho, lo que ha permitido afirmar a algún autor<sup>11</sup>, sin equivocarse, que en los veinte años que transcurren desde la instauración de la Democracia hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el sistema de penas heredado del franquismo mantuvo su estructura básica y, el nuevo texto punitivo, "por más que en su exposición de motivos se postula como reformador total del hasta entonces vigente sistema de penas a fin de alcanzar los objetivos de resocialización constitucionalmente prescritos, lleva a cabo en términos materiales una moderada renovación del sistema de pena"<sup>12</sup>. De modo que la existencia de tendencias

<sup>10</sup>. Probablemente, porque estos países, por tradición, han sido más fieles y consecuentes con los patrones ideológicos a los que quieren o dicen adaptarse y, por ello, más consistentes y comprometidos con los mismos, porque en ellos, además, es posible conocer las líneas maestras de la política criminal oficial, que se plasman, publican y publicitan en ingentes documentos oficiales. Por ello, las inconsistencias que denuncia O'Malley, en dichos sistemas, resultan más chocantes.

<sup>11</sup>. Díez Ripollés, J.L.: "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-07, 2006, págs. 07:3 y 07:5.

<sup>12</sup>. También ha señalado, con razón, Silva Sánchez ("¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español", en *La Ley*, núm. 4, 1998, págs. 1450-1451), que "el Código penal español de 1995 no proporciona una imagen armónica", porque no transmite un criterio único, sobre cuya base se resuelva las antinomias y contradicciones entre prevención general y especial. "Así, y a título puramente ejemplificativo --continúa diciendo--, es posible advertir un desencanto frente a las posibilidades de obtener la resocialización del reo en condiciones de privación de libertad: en esta línea abundarían la supresión de las penas de prisión de duración inferior a seis meses, así como la significativa ampliación de los ámbitos de suspensión de la ejecución, o la introducción de la institución de la sustitución. Al mismo tiempo, se constata --también en el marco de tendencias internacionales bastante asentadas-- la acogida de la reparación a la víctima como elemento significativo en el ámbito de la determinación y ejecución de las penas. Sin embargo, de ello no cabe deducir inmediatamente la existencia de una vocación reduccionista de la intervención del Derecho penal. De una parte, no puede ocultarse que tal fenómeno ha ido acompañado de un apreciable incremento de penas, sobre todo en los delitos que atentan contra el patrimonio y los bienes jurídicos colectivos. Pero, además, y como antes se indicaba, se asiste a un renacimiento de los instituciones que se apoyan en buena medida en la intimidación individual y la inocuización: arrestos de fin de semana y, en otro contexto, inhabilitaciones profesionales a las personas físicas y 'consecuencias accesorias' aplicables a las personas jurídicas abundan en esta línea. También las limitaciones que el Código introduce a la posible aplicación de la suspensión y de la sustitución



contrapuestas y contradictorias en las normas que orientan los sistemas penales y penitenciarios, y desde luego en las que orientan el sistema español, es una realidad que está y ha estado presente, en mayor o menor intensidad, en muchos momentos históricos.

A pesar de ello, también es posible señalar que las reformas de la legislación penal de los últimos tiempos, en España y en países de nuestro entorno cultural o político, han estado marcando una tendencia relativamente uniforme en cuanto al modelo político-criminal que las inspira y, por tanto, su orientación parece haber querido dirigir al Derecho penal, en casi todas partes, a un mismo y determinado lugar, porque se basan en una, también muy determinada, concepción sobre el delito, la pena, la víctima y el delincuente y, por lo mismo, del hombre y de su posición en el entramado social. Los rasgos comunes de estas reformas que han tenido o están teniendo lugar, de forma más o menos simultánea, en muchos de los países democráticos de este mundo globalizado, es lo que se pretende señalar en las próximas páginas.

No obstante, tampoco se deben de dejar de señalar que, en los últimos tres o cuatro años, en concreto en los EE.UU., se están produciendo variaciones de signo aparentemente muy diferente o, incluso, contrapuesto, a lo que ha sido la tendencia desde los comienzos de los años 90 del pasado siglo, fundamentalmente consecuencia de las fortísimas presiones económicas coyunturales y de la crisis fiscal que éstas están provocando. Estas últimas reformas a las que nos referimos <sup>13</sup>, sustentadas, además,

dentro de los marcos temporales establecidos se explican, al menos de entrada, en clave de inocuización. Obvio es decir, en fin, que el tenor del artículo 78 se explica del mismo modo”.

<sup>13</sup>. Así, por ejemplo, en el estado de California, las exageraciones punitivas de su severa legislación para multirreincidentes (*three strikes law*), aprobada a mediados de los años 90 del pasado siglo (véase, *infra*, nota 31), ha tenido, como efecto, no sólo un inmenso incremento de la población reclusa sino, lo que es igualmente importante, un incremento de los tiempos medios de estancia en prisión y, a la vez, un envejecimiento notable de la población reclusa, encareciendo, aún más, los costes sanitarios y de salud mental. Hay que tener en cuenta que, con una población estimada, en 2007, de 36.553.215 habitantes, California tenía encarcelados a algo más de 170.000 de ellos, de los cuales unos 23.000 lo eran a cadena perpetua, datos que convierten al Departamento de Correccionales de California en el sistema penitenciario más saturado y grande de los EE.UU. (piénsese que España, en 2007, tenía, aproximadamente, 45.000.000 de habitantes y 65.786 reclusos). Ello ha contribuido, de forma determinante, al déficit fiscal y a la crisis presupuestaria sin precedentes que está sufriendo dicho territorio norteamericano.

La tremenda presión fiscal y presupuestaria, unida a una presión creciente por parte de los jueces federales, que, en diversas ocasiones, y como consecuencia de demandas interpuestas por reclusos, bajo la federal *Prison Litigation Reform Act of 1995* (una ley pensada, paradójicamente, para limitar la competencia de los jueces para revisar el régimen interior y las condiciones de ejecución penal en el interior de las prisiones) aquellos han estimado que las condiciones en las que se está gestionando el sistema penitenciario californiano lo convierten en inconstitucional, porque es incapaz de suministrar una adecuada asistencia sanitaria a los internos (la última decisión, dictada el 9 de febrero de 2009, ha ordenado al estado de California reducir su población reclusa en un tercio porque la sobrepoblación está en el origen de los problemas que convierte ese sistema penitenciario en inconstitucional), ha hecho que el gobernador Schwarzenegger haya dado un giro radical a su política criminal y el sistema penitenciario californiano haya comenzado a reorientarse, de nuevo, hacia el modelo rehabilitador, de modo que las decisiones de los últimos cuatro años se han impregnado de esa retórica, si bien el discurso punitivo se mantiene para los delincuentes violentos y peligrosos. Así, por ejemplo, por virtud de una Ley del 10 de mayo de 2005, el *Department of Corrections* cambió su nombre, desde el 1 de julio de 2005, por el de *Department of Corrections and Rehabilitation* y el 2 de mayo de 2007, se aprobó una ley, la *Public Safety and Offender Rehabilitation Services Act of 2007* (también conocida como la AB 900, *Assembly Bill 900*), en la que, aunque con un indudable énfasis en la necesidad de garantizar seguridad de los ciudadanos y evitar los perjuicios propios de la reincidencia a la comunidad, se reintroduce la rehabilitación como fin del sistema penitenciario sobre la base de una serie de evidencias incontestables: que el 95% de los internados en centros penitenciarios van a volver a la sociedad; que las reformas rehabilitadoras están orientadas a preparar el reingreso en la sociedad de los internos

por un creciente movimiento de opinión pública que preconiza que las autoridades sean *smart on crime* (inteligentes con el delito) en lugar de *tough of crime* (duro con el delito), para aligerar el coste social y económico del delito y de las encarcelaciones masivas<sup>14</sup>, por ser muy recientes en el tiempo, y, por lo tanto, difíciles de valorar en cuanto a su persistencia y consolidación, están aún por demostrar que supongan una verdadera modificación de las últimas tendencias generales, porque pudiera parecer que más bien son expresión de un cambio en la retórica pero que, ni mucho menos, supera patrones de decisión político-criminal de la naturaleza represiva y punitivista tan frecuentes en la última época<sup>15</sup>.

para reducir la re-victimización y la reincidencia; que el 50% de los internos nunca han participado en ningún programa rehabilitador (de los 43.300 dólares que el estado se gasta por interno al año, sólo 2.053 dólares, el 5%, se gasta en programas de rehabilitación); que las cifras de reincidencia en California están entre las más altas de los EE.UU. (alrededor del 70% de los internos regresan a prisión dentro de los siguientes tres años a su liberación); que el enorme gasto en potencial humano y devastación para las familias se verá aliviado si los internos están preparados para su regreso social; y que la reducción de la población reclusa debida a las medidas previstas en la Ley significará un ahorro fiscal considerable [véase, Petersilia, J. (chair): *Meeting the Challenges of Rehabilitation in California's Prison and Parole System*, A Report from Governor Schwarzenegger's Rehabilitation Strike Team, December 2007]. Intelectualmente, esta reforma, en California, ha estado muy inspirada en el pensamiento de Joan Petersilia, presidenta del equipo de trabajo redactor del informe acabado de citar, y en su insistencia en la importancia de los programas de reentrada del delincuente en la sociedad (véase, Petersilia, J.: *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Re-entry*, Oxford University Press, New York, 2003).

<sup>14</sup>. Cómo se implantó y cómo ha ido evolucionando esa nueva retórica en el contexto social, en Altheide, D.L. y Coyle, M.J.: "Smart on Crime: The New Language for Prisoner Release", en *Crime, Media, Culture*, vol. 2, núm. 3, 2006, págs. 286 y ss. Documento interesante de esta corriente social es el publicado por una ONG denominada *Families Against Mandatory Minimum* (Familias Contra Sentencias Mínimas Obligatorias), fundada en 1991, que agrupa a personas contrarias a que existan, en la ley, sentencias que, obligatoriamente, fijen penas mínimas, inflexibles y excesivas. Se publicó en el año 2003 y lo realizó Judith A. Green, investigadora de la asociación, bajo el título *Smart On Crime: Positive Trends in State-Level Sentencing and Corrections Policy*, Washington D.C. (<http://www.famm.org>), y en él se analizan los cambios en la mentalidad punitiva detectados en diversos estados, llegando a la conclusión de que "dada la crisis presupuestaria de los estados, que está alcanzando proporciones epidémicas este año [2003], el movimiento a favor de una política y unas prácticas penales y correccionales más inteligentes, está ganando protagonismo" (pág. 17). De hecho, por ejemplo, el Departamento de Correcciones (DOC) del estado de Washington ha asumido esa terminología en lo que se ha denominado la *Re-entry Initiative*, expuesta y explicada en un documento que se denomina *The DOC Re-entry Initiative. Smart on Crime*, Department of Corrections, State of Washington, December 22, 2006, aunque no se renuncia ni a la pena de muerte ni a la cadena perpetua ni a las leyes del *three strikes*.

<sup>15</sup>. Esa retórica de dureza con los delincuentes violentos y graves y compasión con los que no son violentos ni peligrosos, que caracteriza las ultimísimas modificaciones a las que se refiere el texto, no es, ni mucho menos, nueva, porque es similar a la retórica del gobierno laborista del primer ministro Tony Blair, en Gran Bretaña, que se diseñó a partir del aquel famoso *tough on crime and tough on causes of crime* (dureza con el delito y dureza con las causas del delito) (*Safer Communities, Safer Britain, Labour's Proposals for Tough Action on Crime* Labour Party, London, 1995), proponiéndose un nuevo enfoque para la ley y orden: dureza con el delito y dureza con las causas del delito, que insistan en la responsabilidad individual por el delito y ataquen las causas del delito con medidas para erradicar la privación social. Esa retórica, al final, terminó con más de *tough on crime* que de *tough on causes of crime*. Por lo demás, como hace tiempo puso de manifiesto Bottoms ("The Philosophy...", en *ob. cit.*, pág. 41), no es nada nuevo que, desde los años 80 y 90 del pasado siglo, la retórica de la política criminal adolezca de una cierta esquizofrenia, porque, por una parte, no duda en endurecer las penas para los delitos graves y, por otra, tampoco duda en atemperarlas para las infracciones menos graves, normalmente, con el fin de aliviar los costes y los problemas de gestión. A veces, incluso, esa esquizofrenia es consecuencia de la dulcificación, a nivel de la aplicación judicial de las penas, de políticas punitivas excesivas severas en el ámbito legislativo. Señalaba Garland, refiriéndose a la política criminal oficial de Gran Bretaña en los años ochenta: "Desde hace una década, nuestra Administración ha estado comprometida con una retórica político-criminal represiva, de línea dura, confesadamente enérgica con el delito, pero nuestros gobernantes son conscientes, también, de que los costos financieros y políticos de llevar hasta sus últimas consecuencias dicha retórica son inaceptablemente altos" ["Critical reflections on 'Punishment, Custody and the Community'", en McConville, S., Rees, H. y Williams,

## B) El "nuevo" punitivismo

En la literatura en lengua inglesa, que es la que, probablemente, más páginas le está dedicando a intentar definir los rasgos fundamentales del Derecho penal contemporáneo, se coincide en señalar, por parte de una amplia y significativa cantidad de autores, cómo uno de los rasgos más definitorios del mismo es el de su *punitivismo*<sup>16</sup>. De esta forma, se quiere significar cómo las políticas penales de los países desarrollados, desde aproximadamente mediados de los años 80 del pasado siglo, han experimentado un *giro punitivo* que ha puesto fin a una supuesta "era de indulgencia" y se han orientado, ahora, a hacer frente, de forma enérgica y decidida, no sólo al delito sino a todo un conjunto de conductas incívicas o antisociales que bordean los límites del Derecho penal, haciendo de la pura y dura represión (preferentemente, carcelaria<sup>17</sup>), cuya intensidad en términos de duración de las sanciones se aumenta sin sujeción a límites largamente asumidos, el principal mecanismo de intervención y desatendiendo, casi por completo, la valoración y erradicación de las causas que provocan los comportamientos criminales o antisociales. La justificación de ese cambio de estrategia se sustenta, por una parte, en un mensaje alarmista acerca de la situación de "inseguridad" en la que la delincuencia ha puesto a los pacíficos y honrados ciudadanos, víctimas reales o potenciales de los comportamientos criminales, y, por otra, en la ineficacia que los planteamientos *indulgentes* del pasado han demostrado para contener una delincuencia creciente, lo que ha provocado un crecimiento y una glorificación del estado penal que, aparte de ser impensable en los momentos inmediatamente anteriores, ha generado unas cifras de encarcelamiento de las poblaciones inéditas en la Historia<sup>18</sup>.

En España, ha hecho referencia a este fenómeno, utilizando otros términos pero expresando un sentir similar, Silva Sánchez, quien en un conocido e influyente trabajo, ha hablado de la *expansión del Derecho penal*, que se pone en evidencia a través de unos síntomas que, en su opinión, se concretan en la definición de nuevas categorías de

E.H. (eds.): *Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper*, London, 1989, pág. 4]. La retórica esquizofrénica se sigue manteniendo, hoy por hoy, en los documentos oficiales que definen la línea político-criminal del gobierno laborista (véase, así, *A Five Year Strategy for Protecting the Public and Reducing Re-offending*, Home Office, The Stationery Office, London, February 2006) y, además, hay que tener en cuenta que, a pesar de esta nueva retórica, por el momento, no se han modificado las leyes del *three strikes* ni las que imponen penas de cadena perpetua, sentencias extendidas con ampliación de los períodos de reclusión, más allá del que le debería de corresponder por el delito cometido, o sentencias de duración indeterminada en función de la peligrosidad del sujeto.

<sup>16</sup>. Matthews, R.: "The Myth of Punitiveness", en *Theoretical Criminology*, vol. 9, núm. 2, 2005, págs. 175-176.

<sup>17</sup>. El incremento en el uso, y extensión de la duración, de la pena de prisión es, sin ninguna duda, uno de los síntomas más evidentes de una política de control del delito más represiva, pero, obviamente, el punitivismo no se puede medir sólo en términos de incremento de la población reclusa, porque ello arroja dimensiones muy disimilares en los diferentes países [Hinds, L.: "Crime Control in Western Countries, 1970 to 2000, en Pratt, J., Brown, D., Brown, M., Hallsworth, S. y Morrison, W. (eds.): *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2005, pág. 49] y no da cuenta completa de la orientación de una política penal que tendrá que tener en cuenta otros factores, como son el diseño e implementación de la ley penal sustantiva y procesal, la política policial, la política penitenciaria, etc. De ahí nuestra insistencia (véase *infra* en el texto) en que el "nuevo" punitivismo no se puede valorar sólo en términos de más castigo carcelario y de más larga duración.

<sup>18</sup>. Así, por ejemplo, Wacquant, L.: "Ordering Insecurity: Social Polarization and the Punitive Upsurge", en *Radical Philosophy Review*, vol. 11, núm. 1, 2008, págs. 10-12.

bienes jurídico-penales, en la ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, en la flexibilización de las reglas de imputación y, finalmente, en la relativización de los principios político-criminales de garantía, lo que se traduce, en última instancia, en la introducción de nuevos tipos penales en el Código penal, la agravación de la respuesta punitiva de los ya existentes y la relajación de las garantías procesales<sup>19</sup>. Igualmente, otro autor español cuyo pensamiento ha ejercido notable influencia, Díez Ripollés<sup>20</sup>, a la hora de describir el modelo político-criminal imperante, tampoco ha dudado en calificar como uno de sus rasgos característicos el de la *revalorización del componente afflictivo de la pena*, aunque, eso sí, frente a la delincuencia tradicional<sup>21</sup>, lo que se manifiesta a través de "la introducción de penas de privación de libertad cuya duración práctica se acerca... a la reclusión por vida", a través del "notable endurecimiento del régimen penitenciario mediante el establecimiento de condiciones más estrictas de acceso al régimen de cumplimiento en tercer grado o a la libertad condicional" e, igualmente, mediante "el renacimiento de las penas infamantes como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales" o "el aseguramiento de una efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso del ejercicio de la acción popular por órganos del poder ejecutivo de las comunidades autónomas". Todo ello, además, acompañado, de la recuperación de "las penas cortas prisión de tres meses en adelante", de "la supresión del arresto de fin de semana" y del incremento de "la duración de las penas largas de prisión"<sup>22</sup>.

Pero, como ya hemos anticipado, ha sido la literatura en lengua inglesa la que con más insistencia ha descrito el giro punitivista de las legislaciones penales, con todo tipo de expresiones y con toda riqueza de matices. Este es el caso, por ejemplo, de trabajos de tanta repercusión académica como los de David Garland o Loïc Wacquant. Así, por ejemplo, para el primero de ellos, durante la mayor parte del siglo XX, las penas

<sup>19</sup>. *La expansión...*, ob. cit., págs. 20-21.

<sup>20</sup>. "El nuevo...", en *ob. cit.*, págs. 03:13, *in fine*, y 03:14 y 03:16.

<sup>21</sup>. Díez Ripollés se muestra, en este sentido, crítico con el planteamiento de Silva Sánchez ("El nuevo...", en *ob. cit.*, nota 7, pág. 03:7), porque ese fenómeno expansivo, en contra de lo señalado por éste, no está generalizado sino limitado a la delincuencia callejera y clásica. En un sentido similar, se ha expresado Terradillos Basoco, J.: "Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico", en Terradillos Basoco, J. y Alcalá Sánchez, M. (eds.) *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro Hispano-italiano de Derecho penal económico*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, págs. 219 y ss. Acepta, con muchos matices, la posición de Silva, rechazándola, no obstante, para el caso de los delitos económicos, Martínez-Buján Pérez, C.: "Algunas reflexiones...", en *ob. cit.*, págs. 402 y ss.

<sup>22</sup>. Se refiere, expresamente, a este resurgir del *punitivismo*, Cancio Meliá, M.: "¿'Derecho penal'...?", en *ob. cit.*, pág. 69 y ss., y en términos similares o equivalentes, se expresan otros muchos autores, entre los cuales, por ejemplo, Brandáriz García, J.A.: "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en Faraldo Cabana, P. (dir.): *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 24 y ss.; Faraldo Cabana, P.: "Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en *misma obra*, pág. 311; Quintero Olivares, G.: *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Thomson Cívitas, Madrid, 2004, págs. 91 y ss.; Asúa Batarríta, A.: "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, 'finalidades terroristas', y conductas periféricas", en Cancio Meliá, M y Gómez Jara, C (coords.): *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer-B de F, Madrid, Bueno Aires, 2006, pág. 245; Pérez Cepeda, A.I.: *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Lustel, Madrid, 2007, págs. 303 y ss.

explícitamente retributivas o deliberadamente severas fueron ampliamente criticadas como anacronismos en un sistema penal "moderno" y, sin embargo, "en los últimos veinte años hemos visto en Estados Unidos y Gran Bretaña la reaparición de la retribución, del «merecimiento justo», como un objetivo político generalizado, promovido inicialmente contra la supuesta injusticia de las condenas individualizadas", que si bien promovió una preocupación por la proporcionalidad y la determinación de la pena en las sentencias, "también ha restablecido la legitimidad de un discurso explícitamente retributivo que, a su vez, le ha hecho más fáciles a los políticos y las legislaturas expresar abiertamente sentimientos punitivos y aprobar leyes más draconianas", haciendo reaparecer "medidas decididamente «punitivas» tales como la pena de muerte, la cadena de forzados y el castigo corporal" o "formas de desacreditación y humillación pública que durante décadas han sido consideradas obsoletas y excesivamente denigratorias"<sup>23</sup>. Por su parte, para el sociólogo francés, sin ninguna duda, la seña de identidad del final del siglo XX es la tremenda inflación de las poblaciones reclusas en todas las sociedades avanzadas, consecuencia del incremento en la frecuencia, incluso, consecuencia de la rutina, con la que se utiliza la prisión como un instrumento para gestionar la inseguridad social, porque, cada vez más, el estado confía "en la policía y en las instituciones penales para contener los desórdenes producidos por el desempleo masivo, por la imposición de salarios laborales precarios y por el hundimiento de la protección social"<sup>24</sup>. Así, la prisión se está utilizando para gobernar la pobreza, porque contribuye a regular a los segmentos más bajos del mercado laboral; complementa y compensa la desaparición del *ghetto* como mecanismo para confinar a la población desviada, tortuosa o peligrosa, o, incluso, superflua desde el punto de vista de la planificación económica o política; y está directamente conectada con toda la gama de organizaciones y programas dirigidos a asistir a la población desposeída<sup>25</sup>. De esa forma, el tratamiento penal expeditivo y drástico sirve para sustituir al tratamiento médico en el caso de los toxicómanos o, igualmente, logra volver a institucionalizar (penal o penitenciariamente) a los enfermos mentales que, por mor de la reforma psiquiátrica, habían sido "desinstitucionalizados"<sup>26</sup>. Algún otro autor, como Jonhatan Simon, ha llegado a argumentar que, en este contexto de excesos punitivos, la crueldad vuelve a formar parte de los objetivos de la política penal, de modo que "la noción de retribución, como un requerimiento abstracto de la justicia, está cediendo el terreno a la

<sup>23</sup>. Garland, D.: *La cultura...*, ob. cit., págs. 42-43; también, págs. 239-240.

<sup>24</sup>. Wacquant, L.: "The Penalisation of Poverty and the Rise of Neo-Liberalism", en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 9, núm. 4, 2001, pág. 404. El fenómeno del encarcelamiento masivo ha tenido una dimensión diferente en los EE.UU. y en Europa, lo que le ha permitido, por ejemplo, a Garland hablar, en el caso norteamericano, de un "fenómeno patológico", que por haber ido mucho más lejos, se diferencia de otras naciones occidentales ("Introduction: The Meaning of Mass Imprisonment", en *Punishment and Society*, vol. 3, núm. 1, 2001, pág. 5).

<sup>25</sup>. Wacquant, L.: "The Place of the Prison in the New Government of Poverty", en Frampton, M.L., López, I.H. y Simon, J.: *After the War on Crime. Race, Democracy, and A New Reconstruction*, New York University Press, New York, London, 2008, págs. 25 y ss.; del mismo: "America's New 'Peculiar Institution'. On the Prison as Surrogate Ghetto", en Blomberg, T.G. y Cohen, S. (eds.): *Punishment and Social Control*, Enlarged Second Edition, Aldine de Gruyter, New York, 2003, págs. 476 y ss.

<sup>26</sup>. Wacquant, L.: "La escoria de la sociedad de mercado. Estados Unidos: de la asistencia al encarcelamiento", trad. de B. B. Sallabardenne, en *Reñglones*, núm. 58-59, noviembre de 2004-abril de 2005, págs. 21 y ss.

capacidad de específicos individuos de obtener satisfacción de la crueldad, y esto se refleja en la preeminencia que los políticos dan ahora a los deseos de los familiares de víctimas de delitos violentos (especialmente, asesinatos) de obtener una satisfacción emocional a través de la pena de muerte, ejecutada con prontitud y con una mínima preocupación por el reo". Y, en el propio contexto académico, "una nueva ola de filósofos retribucionistas han comenzado a reimaginar el castigo como una especie de escenario terapéutico en el que las necesidades, tanto de la sociedad como de la víctima, de incidir sobre los sentimientos subjetivos de dolor y vergüenza moral del delincuente son satisfechos"<sup>27</sup>. Finalmente, por citar a otro autor que le ha dedicado muchas páginas al análisis del modelo penal vigente en la política-criminal contemporánea, John Pratt<sup>28</sup>, en este caso ha podido afirmar que "es evidente que el dramático incremento de las poblaciones reclusas a lo largo de estas sociedades [refiriéndose a la británica y a la norteamericana] parece desafiar cualquiera de las lógicas operativas que, hasta recientemente, se desarrollaban en torno a la prisión para restringir su uso: que era excesivamente costosa y no «funcionaba» como sistema de reducir y reformar reclusos". De forma que "la manera en la que estos desarrollos se están llevando a cabo por la nueva *cultura* del castigo, la nueva tolerancia hacia elevadas cifras de encarcelamiento sin tener en cuenta sus costes, parece socavar las explicaciones economicistas tan nucleares en Marx y en los neo-marxistas" e, incluso, "Durkheim, tan confiado en que la habilidad de las fuerzas modernizadoras de finales del siglo XIX tendrían influencia en contener firmemente los sentimientos emotivos, al tiempo que los funcionarios serían los que marcarían el rumbo de los asuntos penales, probablemente asistiría perplejo a estas tendencias que pueden, ahora, priorizar las expresiones de la opinión pública hasta la completa exclusión, en algunos casos, de las aportaciones de científicos expertos".

Se ha quejado Matthews de que cuando se define este rasgo —el punitivismo—, los autores no suelen acertar a definirlo de forma precisa<sup>29</sup>, con lo cual su utilidad como paradigma de las transformaciones es dudosa. Pero él mismo ha tenido que reconocer que, normalmente, el término tiene una connotación de exceso; "esto es, la búsqueda del castigo por encima y más allá de lo que es necesario", lo cual implica "la intensificación del sufrimiento infligido, ya sea mediante la ampliación de su duración, ya lo sea por la severidad del castigo por encima de la norma". De modo que, "la noción de punitivismo sugiere un uso desproporcionado de sanciones y, consecuentemente, una

<sup>27</sup>. Simon, J.: "Entitlement to Cruelty: The End of Welfare and the Punitive Mentality in the United States", en Stenson, K. y Sullivan, R.R. (eds.): *Crime, Risk and Justice. The Politics of Crime Control in Liberal Democracies*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2001, pág. 127.

<sup>28</sup>. Pratt, J.: "Elias, Punishment, and Decivilization", en Pratt, J., Brown, D., Brown, M., Hallsworth, S. y Morrison, W. (eds.): *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2005, págs. 256-257.

<sup>29</sup>. "The Myth...", en *ob. cit.*, pág. 178. En concreto, señala él cómo el concepto de punitivismo se suele asociar a la idea de retribución y de venganza, pero "cuando la retribución implica el uso de condenas más reducidas o la estricta proporcionalidad y cuando su propósito es limitar la severidad y duración de las sanciones, eso no es esencialmente una manifestación de punitivismo" (*ibidem*, pág. 178, *in fine*, y 179); por otra parte, "la consecución de estrategias rehabilitadoras puede llevar a formas de regulación más prolongadas e intensivas" (*ibidem*, pág. 179).



desviación del principio de proporcionalidad"<sup>30</sup>. En este sentido, no se puede negar que, ciertamente, en los sistemas penales contemporáneos se detecta no sólo una tendencia al encarcelamiento masivo mediante el establecimiento de penas privativas de libertad de más larga duración o mediante la ampliación temporal de los límites máximos de las ya existentes, sino, igualmente, mediante la introducción de leyes que, con suma naturalidad, traspasan límites que, hasta entonces, se consideraban teóricamente infranqueables. Así, por ejemplo, durante años la vigencia del principio de proporcionalidad y la interdicción del *bis in ídem*, como límites del *ius puniendi* estatal tanto en el ámbito del Derecho material como en el formal, se valoraron como logros del Derecho penal de un estado social y democrático de Derecho, que pretendían adaptar la pena al daño cometido por el delito, evitar la doble punición, restringir los efectos penológicos de la reincidencia y moderar la incidencia de las medidas cautelares o restrictivas de derechos en el ámbito procesal, poniendo coto a los excesos punitivos que hubiera podido producir una exageración de los propósitos intimidatorios de la pena y del propio proceso penal. De un tiempo a esta parte, sin embargo, han proliferado por doquier las leyes que desatienden, sin ningún rubor, los condicionantes del principio de proporcionalidad, aplicando sanciones penales a conductas cuyo contenido lesivo es nulo o, al menos, más que discutible, estableciendo cargas punitivas exageradas dada la entidad del daño causado por el delito, incurriendo en dobles castigos, multiplicando los efectos penológicos de la reincidencia o relajando notablemente las garantías procesales del imputado o procesado, máximo ejemplo de lo cual lo son, seguramente, las conocidas leyes del "*three-strikes*" en los EE.UU.<sup>31</sup>. Pero no son

<sup>30</sup>. *Ibidem*, pág. 179.

<sup>31</sup>. La expresión *three strikes*, proviene del lenguaje del béisbol, juego en el que si el bateador (*striker*) batea tres veces la bola, de forma fallida, queda eliminado (*three strikes and you're out*), de modo que, en el ámbito de la legislación penal, eso significa que, al tercer delito, se le impone al sujeto una condena que, dependiendo de los Estados, puede significar desde 25 años de prisión hasta la cadena perpetua. El primer Estado que implementó estas leyes fue, en el año 1993 (aprobándose en referéndum la Iniciativa 593), el estado de Washington, en el cual, la comisión de un tercer delito grave violento significaba una condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad a prueba (*parole*). California, en 1994 (Proposición 184), fue el siguiente, si bien, en este caso, su norma fue mucho más severa porque no exigía que los delitos previos fueran violentos, sino que bastaba con que fueran *delitos mayores* (*felonies*) (es decir, delitos que se castigan con privación de la libertad en la prisión del estado, no en cárcel del condado). Los *delitos mayores* pueden variar desde el hurto menor con antecedentes y posesión de cantidades pequeñas de drogas hasta secuestro, violación, lesiones y homicidio. Cualquier delito mayor nuevo, sin importar lo leve que sea, puede ser castigado con la ley de los *three strikes* si el acusado tiene uno o más antecedentes de delito mayor grave o violento, que son los que define el Código Penal de California en sus secciones 667.5(c) y 1192.7(c), y que incluyen: allanamiento de morada con intención de robo, lesiones, secuestro, homicidio, la mayoría de los delitos sexuales tales como violación y agresión sexual a menores, cualquier delito en el que se use un arma, haya o no lesionados, cualquier delito en el que se causen lesiones corporales graves, incendio premeditado, delitos que impliquen el uso de dispositivos explosivos o la comisión de cualquier de estos delitos en grado de tentativa. Un sujeto que es condenado por un delito mayor nuevo con un antecedente de *strike* es enviado a prisión (no puede ser enviado a un centro de rehabilitación o ser sometido a *probation*) por el doble de tiempo que le correspondería sin ese antecedente, debiendo cumplir, además, como mínimo con el 80% de la sentencia impuesta, sin posibilidad de reducciones o conmutaciones por buena conducta y trabajo en prisión (que van de un tercio a la mitad de la sentencia impuesta). Si se tienen dos o más antecedentes de *strike*, la condena es de 25 años a cadena perpetua, sin posibilidad de reducciones por buena conducta o trabajo. Después de cumplir con la sentencia mínima determinada (25 años en una sentencia de 25 años a cadena perpetua), tiene derecho, sin garantías, a libertad a prueba. En la ley inicial de 1994, la imposición de estas condenas era siempre obligatoria, pero, a partir del año 1996, gracias a una sentencia del Tribunal Supremo de California, caso *People v. Superior Court (Romero)* (1996) (13 Cal.4th 497), bajo determinadas circunstancias, el juez, a petición del fiscal o de

éstas las únicas que se pueden citar como ejemplo de exceso, rigidez y dureza. Así, en la Gran Bretaña laborista, en uno de los documentos más importantes y de más trascendencia práctica desde el punto de vista de las reformas legales a las que posteriormente dio lugar, *Justice for All* (2002), se propuso la implantación de una sentencia indeterminada para delincuentes sexuales y delincuentes violentos a los que se hubiera valorado y considerado como peligrosos, de modo que el reo, después de cumplir el tiempo establecido en la sentencia, podría permanecer en la prisión hasta que una junta de libertad condicional (*Parole Board*) estuviera *completamente satisfecha* de que el riesgo había disminuido como para que esa persona sea puesta en libertad y sometida a supervisión en la comunidad, lo que podría significar una reclusión de por vida<sup>32</sup>. Hasta la posterior reforma, operada por la *Criminal Justice Act 2003*, de acuerdo con las previsiones de la *Powers of Criminal Courts Act 2000* (sección 85), el tribunal podía establecer una sentencia extendida de libertad vigilada de hasta 10 años para delincuentes sexuales y de hasta de 5 años para delincuentes violentos, siempre que la sentencia principal fuera de 4 ó más, siempre que le período normal de libertad condicional se estimara insuficiente para prevenir nuevos delitos o asegurar la rehabilitación. La Ley de 2003 introduce expresamente el concepto de "delincuente peligroso", con presunciones de peligrosidad, según los casos<sup>33</sup>, y, para él, se puede dictar, en función de diversos presupuestos legales: una sentencia automática de cadena perpetua discrecional [sección 225 (2)]<sup>34</sup>; una sentencia de prisión para la protección del público [sección 225 (3)]<sup>35</sup>; o un nuevo tipo de sentencia extendida (secciones 227 y 228)<sup>36</sup>.

oficio, puede eliminar o retirar uno o más antecedentes de *strike*, si bien esta decisión es apelable por la fiscalía y está sujeta a revisión por el Tribunal de Apelaciones y el Tribunal Supremo. Generalmente, los jueces que dictan sentencia desechan o eliminan un antecedente únicamente debido a su antigüedad y si el nuevo delito es leve y el acusado no tiene historial de violencia. Finalmente, una reforma del año 2000, aprobada con el 60,8% de los votos favorables en un referéndum celebrado el día 7 de noviembre (Proposición 36), permitió no imponer la condena de 25 años a cadena perpetua para los delincuentes toxicómanos, con dos antecedentes de *strikes*, y condenados por un nuevo delito no violento de posesión de drogas, pudiéndose sustituir ésta por el sometimiento a un programa de deshabitación. El Tribunal Supremo de los EE.UU., en sus conocidas sentencias de los casos *Ewing v. California* (538 U.S. 11) y *Locker v. Andrade* (538 U.S. 63), dictadas ambas el 5 de mayo de 2003, mantuvo la constitucionalidad del sistema californiano.

<sup>32</sup>. *Justice for All* (documento presentado al Parlamento británico por el secretario de Estado del Ministerio del Interior en el mes de julio de 2002), pág. 95.

<sup>33</sup>. Por ejemplo, para delincuentes que ya habían cometido algún *delito relevante*, el tribunal debe de presumir que existe riesgo, salvo que sea irracional concluir de tal modo después de considerar: a) toda la información disponible acerca de la naturaleza y circunstancias de cada uno de los delitos; b) allí donde sea apropiado, toda la información de que disponga sobre patrones de comportamiento que se deduzcan de cualquiera de los delitos; c) cualquier información sobre el delincuente (sección 229). La jurisprudencia ha hecho un esfuerzo posterior por concretar cómo y en relación a qué se debe valorar el riesgo; así, por ejemplo, *R v Lang* [2006] 2 Cr.App.R.(S.) 3, C.A.

<sup>34</sup>. Se dictará, obligatoriamente, si es la sentencia establecida por la ley para el delito en cuestión y existe un riesgo significativo de daño por la comisión de futuros específicos delitos, violentos o sexuales. La ley de 2003 establece cuáles son los que deben de ser considerados, a estos efectos, los específicos delitos violentos (*Shedule 15, Part 1*) o los específicos delitos sexuales (*Shedule 15, Part 2*). El condenado a una sentencia de cadena perpetua, en el caso de que se le concediera la libertad, permanecerá en libertad vigilada para el resto de su vida.

<sup>35</sup>. Se dictará, obligatoriamente, si la ley, para el delito en cuestión, tiene señalada una pena de 10 ó más años y existe un riesgo significativo de daño por la comisión de futuros específicos delitos violentos o sexuales. El condenado a una sentencia indeterminada para la protección del público, en el caso de que se le concediera la libertad, puede solicitar de la *Parole Board* que la libertad sea definitiva y no vigilada. Con el juicio de peligrosidad que establece la Ley, se establece una especie de mecanismo de *one strike*, que le puede suponer al sujeto una

Es cierto que la posterior reforma, operada por la *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, ha suavizado, en algo, las anteriores previsiones de la Ley de 2003, fundamentalmente, ampliando el arbitrio judicial para el caso de las sentencias indeterminadas para la protección del público, que ya no son siempre obligatorias, y ello como forma de aliviar la presión que la sobrepoblación carcelaria está ejerciendo, desde el punto de vista presupuestario, sobre el sistema de prisiones en Gran Bretaña, pero ninguna de esas posibles sentencias se ha llegado a derogar.

En España, algunas de las reformas penales posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, ya *apuntaban maneras*, aunque quizás no de forma tan exagerada, porque cuando se trataba de enfrentar problemas de criminalidad (por ejemplo, terrorismo o narcotráfico) que convulsionaban y alarmaban a la opinión pública, los excesos se plasmaban a través de una especie de "legislación de emergencia" marcadamente punitivista<sup>37</sup>, legislación que, sin embargo, durante algunos pocos años convivió con otras reformas marcadamente esperanzadoras en cuanto a qué era lo que se podía esperar de nuestros legisladores penales<sup>38</sup>. El propio Código Penal de 1995

reclusión de por vida. Y ello, a pesar de que la Ley de 2003 deroga el *two strike* de la anterior sección 109 de la *Powers of Criminal Courts Act 2000*, que obligaba a una sentencia automática de cadena perpetua cuando el sujeto, mayor de 18 años, cometía un delito grave y tenía una previa condena por otro delito grave.

<sup>36</sup>. A partir de la reforma, hay un período de extensión en la prisión y un período de extensión en libertad supervisada, si bien, ambos, no pueden exceder el tiempo impuesto por el delito en la sentencia y, en cualquier caso, como máximo, 5 años por específicos delitos violentos.

<sup>37</sup>. No está de más recordar, en este sentido, el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, que situaba en condiciones de igualdad, el tratamiento jurídico de los delitos cometidos por organizaciones terroristas y el de los delitos de robo, utilización ilegítima de vehículo de motor, coacciones laborales de piquetes de huelga o el de los delitos cometidos por bandas de delincuentes comunes armadas para los supuestos. Igualmente, con similar contenido de excesos y dureza, se aprobó Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que, no obstante, fue atemperada por las Sentencias 196/1987, de 11 de diciembre, y 199/1987, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional, que, en la práctica, representaron un cierto punto de inflexión y forzaron a una variación en la legislación antiterrorista, ya que, posteriormente, en las Leyes Orgánicas 3/1988, de 25 de mayo, y 4/1988, de 25 de mayo, y al margen de las críticas de las que también fueron objeto, significaron una moderación y una racionalización de ese régimen jurídico. Pero para cuando la legislación antiterrorista se intentaba racionalizar, ya estaba en marcha otra *legislación de emergencia* que, de la mano de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, modificó los artículos 344 y 546 bis f) del Código penal derogado e incorporó, a dicho texto punitivo, los nuevos artículos 93 bis y 344 bis a) al 344 bis f). De infausto recuerdo, y vigencia actual, es, también, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, tamizada notablemente por la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre del Tribunal Constitucional, así como otras reformas contemporáneas a la misma, como la del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, conforme a la cual la diligencia sumarial de registro se habría de practicar "a presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la Policía Judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes", reforma que tuvo como antecedente temporal inmediato una serie de resoluciones del Tribunal Supremo, en las que, por imperativo del (anterior) texto del art. 569, párrafo cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se vino a exigir para dar validez a la diligencia sumarial de registro la presencia, en dicho acto, del Secretario judicial, superando, así, una doctrina anterior en la que se consideraba suficiente con que uno de los policías intervinientes actuara como Secretario (SSTS de 30-05-1989, 18-10-1990, 19-10-1990, 30-11-1990, 30-12-1990, 12-11-1991 y 8-03-1991). Es cierto que la Ley Orgánica 1/1992 fue objeto de un severo correctivo por la Sentencia .. del Tribunal Constitucional y que el artículo 569, en su párrafo cuarto, se reformó por la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantizaba la presencia judicial en los registros domiciliarios, exigiendo que el Secretario judicial fuera sustituido en la forma prevista por la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero todas estas reformas no fueron si no un presagio de lo que luego, en las siguientes décadas, habría de venir porque lo que, en su momento, fue legislación *excepcional* se ha acabado convirtiendo, en muchos casos, en legislación *normal*.

<sup>38</sup>. Por ejemplo, algunas de las reformas que anteceden a la entrada en vigor de la Constitución o que se llevan a cabo con posterioridad, tuvieron un signo evidentemente modernizador y significaron un claro intento de adaptar la legislación penal al nuevo régimen constitucional. Ese fue el caso de la supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento (Ley 22/1978, de 26 de mayo); de la despenalización del uso y propaganda de anticonceptivos (Ley

marcó distancias, de forma muy significativa, respecto a las concepciones político-criminales que sustentaron los textos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 o la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, porque nació siendo un texto mucho más riguroso y severo de lo que se intentó hacer creer a la opinión pública por algunos sectores políticos<sup>39</sup>. Pero la inauguración definitiva del punitivismo para la legislación penal ordinaria española se llevó a cabo, sin ninguna duda, a través de las reformas penales del año 2003 y ya, desde entonces, la curva ha sido siempre ascendente, como lo confirman las reformas posteriores de los años 2004<sup>40</sup> y 2007 y el proyecto de 2007 y anteproyecto de 2008<sup>41</sup>. No obstante, esa orientación hacia el punitivismo penal que se inaugura, con toda su crudeza, en las distintas reformas del año 2003, tiene en su punto de mira a la delincuencia que genera la *inseguridad ciudadana*<sup>42</sup> o, en palabras de Wacquant<sup>43</sup>, a la delincuencia de las poblaciones desposeídas y no honorables, por *status* o por origen. Estas categorías de parias (jóvenes desempleados e indigentes, transeúntes y drogadictos, inmigrantes postcoloniales sin papeles o sin arraigo), "han alcanzado relevancia en el espacio público, pero su

45/1978, de 7 de octubre); de la reforma del denominado Derecho penal sexual (Ley 46/1978, de 7 de octubre); de la reforma de la reincidencia y la reiteración (Ley 81/1978, de 28 de diciembre); de la reforma de la legislación penitenciaria, hecha realidad a través de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 y del Reglamento Penitenciario de 1981; de la reforma del régimen de la prisión provisional en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada a través de la Ley Orgánica 7/1983; o de la profunda reforma penal operada a través de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

<sup>39</sup>. Por todos, véanse las críticas de Muñagorri Laguía, I.: "Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal", en Riviera Beiras, I. y Dobón, J.: *Secuestros institucionales y Derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, págs. 4 y ss.

<sup>40</sup>. Un crítico repaso a las reformas producidas en la legislación penal y procesal penal española desde el año 1995 hasta el año 2005, se puede encontrar en Aranda Ocaña, M., Chaves Castillo, G., Moreno Aldea, M., Posada Segura, J.D., Rivas Trullols, C. y Rivera Beiras, I.: *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España (1995-2005)*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, Barcelona, abril 2005. También, para una valoración crítica de las reformas introducidas en el sistema de determinación de las penas de prisión en el año 2003, González Cussac, J.L.: "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal", en Revista Xurídica Galega, núm. 38, 1º trimestre, 2003, págs. 13 y ss.; del mismo: "El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa", en Arroyo Zapatero, L., Crespo Barquero, P., González Cussac, J.L., Quintero Olivares, G. y Orts Berenguer, E.: *La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Cizu Menor, 2006, págs. 53 y ss.

<sup>41</sup>. Efectivamente, los incrementos en los topes máximos de cumplimiento efectivo de la pena en los casos de concurso real (artículo 76), la mayor severidad del régimen excepcional del artículo 78, el endurecimiento de las condiciones para el acceso al tercer grado penitenciario, con la inclusión de un *período de seguridad* (artículo 36.2), el endurecimiento de las condiciones para la concesión de la libertad condicional (artículos 90 y 93), reformas todas ellas incorporadas al Código Penal por el texto de la Ley Orgánica 7/2003; la modificación de la regla 5ª del artículo 66.1 del Código penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003; la reforma de los artículos 147.1, segundo párrafo, 234, último párrafo, y 244.1, párrafo segundo, del Código penal, conforme al texto de la Ley Orgánica 15/2003; la elevación a la categoría de delito de conductas, hasta entonces, constitutivas de falta, como es el caso de los artículos 153 (la conversión en delito de las antiguas faltas de malos tratos de obra, de lesiones y de amenazas leves con arma, ya se había operado, previamente, por la Ley Orgánica 11/2003), 171.4 y 174.2, conforme al texto de la reforma de la Ley Orgánica 1/2004; y no digamos ya el caso de la creación de la nueva pena accesoria de libertad vigilada en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 15 de enero de 2007 o en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 14 de noviembre de 2008, son claros exponentes de esa deriva punitivista de nuestra legislación penal.

<sup>42</sup>. Como ha señalado con razón Díez Ripollés, J.L.: "El nuevo...", en *ob. cit.*, nota 7, pág. 03:7.

<sup>43</sup>. "Ordering...", en *ob. cit.*, pág. 12.

presencia es indeseable y sus actividades intolerables, porque son la viva y amenazante encarnación de la generalizada inseguridad social producida por la erosión de la estable y homogénea clase asalariada y por la descomposición de las solidaridades de clase y cultura que ella sostenía dentro de una claramente circunscrita estructura nacional". Igualmente, el nuevo régimen emergente de regulación de la inseguridad social es versátil porque demuestra una gran capacidad de incorporar a sus objetivos, conforme se vayan definiendo *nuevos espacios de inseguridad* (por parte de periodistas, burócratas, activistas sociales de todo tipo o políticos electos), nuevos arquetipos sociales a los que incorpora como generadores de dicha inseguridad, como es el caso de los "depredadores sexuales", los maltratadores domésticos o, últimamente, los conductores temerarios<sup>44</sup>.

Dicho lo anterior, es cierto que algún autor<sup>45</sup> ha señalado que los sistemas de control del delito siempre han tenido, como rasgos endémicos característicos, el punitivismo y las estrategias de naturaleza o sesgo emotivo y, sobre esa base, no habría ninguna necesidad de explicar qué hay de nuevo en este punitivismo que se señala como rasgo característico de los vigentes sistemas penales. Sin embargo, como ha señalado Pratt<sup>46</sup>, esa conclusión sólo se puede alcanzar si se contempla el punitivismo como característica estanca y aislada del resto de rasgos que definen nuestro vigente Derecho penal, pues, todos ellos, como conjunto, son los que dotan a este punitivismo de novedad. Porque es cierto que nuestros sistemas penales no sólo castigan más con penas de prisión que cada vez más largas en su duración, es que lo hacen, primero, en un contexto de evolución interrumpida hacia la racionalidad y la humanización, que orientaba hacia un uso más moderado y restringido de la prisión, y, segundo, lo hacen reduciendo los fines de la pena a la inocuización, convirtiendo al *riesgo* en referente esencial de la intervención penal, aplicando técnicas actuariales de control del riesgo, haciendo uso del populismo penal, convirtiendo a la víctima en un icono e implicando de forma diferente a la sociedad en el diseño y ejecución de las políticas penales, haciendo renacer sanciones que se consideraban obsoletas e impropias de sistemas penales avanzados. La confluencia conjunta de todas esas características es lo nuevo, es lo que nunca antes se había podido contemplar, analizar y valorar, es, en definitiva, lo que convierte al vigente punitivismo en un "nuevo" punitivismo, inédito en nuestra historia penal, porque, además, como más adelante trataremos de explicar, éste se ha convertido en una nueva estrategia de gobernar a la sociedad civil, a través del gobierno del fenómeno criminal.

<sup>44</sup>. *Ibidem*, pág. 25. De forma muy expresiva, pero, a nuestro juicio, acertada, García Albero ha descrito cómo en el discurso de la nueva política criminal en materia de seguridad ciudadana, el infractor de tráfico es erigido en "violento, o cuando no, en su versión más radical, en una especie de 'terrorista viario', en una estrategia de conquista del discurso que recuerda mucho la llevada a cabo en materia de violencia de género (terrorismo doméstico)" ("La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, pág. 11:2).

<sup>45</sup>. Matthews, R.: "The Myth...", en *ob. cit.*, pág. 195.

<sup>46</sup>. Pratt, J.: *Penal Populism*, Routledge, London and New York, 2007, pág. 124.

**C) La inocuización como fin primordial de la pena para alcanzar la seguridad, tras el derrumbe del ideal rehabilitador y la irrupción del paradigma del riesgo. Además, un elemento añadido: el análisis económico del delito**

El punitivismo está la mayor parte de las veces justificado y potenciado por la irrupción de la cuestión penal o delincencial en el debate público y en las luchas electorales, lo que, a su vez, también ha propiciado el abandono de las consideraciones *científicas* sobre los fines o *efectos legítimos de la pena* <sup>47</sup>, dando paso al discurso *emocional* que tiene, ahora, en la inocuización, como efecto primordial, su referente principal. Obviamente, en el momento en que el debate desciende al terreno emocional de los miedos y las inseguridades, conceptos (científicos) como el de reinserción o reintegración social, rehabilitación, tratamiento terapéutico, etc. son imposibles de entender y asimilar por los sentimientos emocionales y primarios frente al delito y el delincuente, sentimientos que, sin embargo, procesan y aceptan, sin ninguna dificultad, la idea de castigo, venganza y, especialmente, la de *quitar literalmente de en medio* (inocuar o incapacitar) al delincuente <sup>48</sup>. Al mismo tiempo, ha habido un cierto y notable abandono de la perspectiva del *daño causado por el delito* (mediante la lesión o puesta en peligro cierta de intereses) como criterio rector de la tipologías delictivas y modulador de la reacción penal, que ha sido sustituido por el *paradigma del riesgo* como criterio determinante de la intervención preventiva del Derecho penal. La cuestión, ahora, no es reprimir la causación de daños y, a través de ello, intentar prevenir, con el ejemplo de la aplicación de la pena, futuras comisiones de nuevos daños, influyendo sobre los comportamientos futuros del conjunto de individuos que conforman la sociedad o actuando sobre las causas que han provocado que un sujeto en particular haya ya causado un daño, sino que el objetivo prioritario de la política criminal es la búsqueda de la máxima seguridad, minimizando o neutralizando los factores y los contextos que provocan riesgos, fundamentalmente cuando este proviene de determinados tipos de delincuentes (violentos, sexuales) que son los que, de forma más significativa en el vigente discurso penal, alteran la *seguridad ciudadana*. La *seguridad ciudadana* se trata, de esta forma, de configurar en el vigente discurso penal como un nuevo bien jurídico <sup>49</sup>. La manipulación retórica de este empeño es evidente, porque si el concepto de riesgo (como veremos más adelante) es un concepto cultural, que no tiene que ver con las probabilidades ciertas de recibir un daño, el concepto de seguridad, que no es sino el envés del de riesgo (seguridad es la supresión del riesgo), es

<sup>47</sup>. Por utilizar la expresión de Díez Ripollés, J.L.: "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en en VV.AA.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología. Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pág. 115.

<sup>48</sup>. Como dice Nigel Walker (*Why Punish? Theories of Punishment Reassessed*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1991, pág. 35), "el hombre realista de la calle está menos interesado en la función educativa o ritual de las condenas --si es que alguna vez ha oído hablar de ellas-- que en su eficacia protectora. Él lo que quiere es que los potenciales depredadores sean disuadidos y aquellos que no lo han sido que sean quitados de en medio. Para determinados delitos, él desearía que fueran eliminados: ejecutados humanamente. Allí donde se esté ante delitos moderadamente serios él determinaría largos períodos de encarcelamiento".

<sup>49</sup>. Hassemer, W.: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde y M.M. Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 81.



también, fundamentalmente, un concepto cultural. Como señala Thomé<sup>50</sup>, la noción de seguridad ciudadana tiene tres dimensiones: la *objetiva*, relacionada con la probabilidad estadística de ser víctima de un delito; la *subjetiva*, asociada al miedo, que es la percepción que tienen las personas del riesgo de sufrir un delito; y la *tolerable*, que es la relacionada con el umbral de aceptación o no de los riesgos, cuestión cultural, ideológica e, incluso, política. Es la dimensión subjetiva la que determina la tolerancia, las actitudes hacia la diferencia, la que influye en las demandas de seguridad y en las actitudes frente a las instituciones y el delito. Por eso, la seguridad ciudadana es un problema que no está asociado con la delincuencia, sino que es, básicamente, un problema de cohesión, solidaridad y certidumbre, de modo que en la medida en que se debilitan las relaciones y los compromisos entre las personas se genera inseguridad y, por eso, el mayor reto que tiene la seguridad es fortalecer los vínculos de la comunidad en una sociedad que tiende a debilitarlos. De modo que el delincuente no crea problemas sociales sino que son más bien los problemas sociales los que crean delinquentes. Por otra parte, como ha señalado Zedner<sup>51</sup>, el concepto de seguridad y su consecución como objetivo encierra, en sí mismo, una serie de paradojas que ponen en cuestión su promoción como bien indiscutible. *Primero*, si es un bien tan indiscutible, nunca se podrá pretender otra cosa que su absoluta consecución, pero como ello es imposible, porque en cualquier momento pueden aparecer nuevas amenazas que ahora desconocemos, la propia alegación de que el objetivo de una política penal es la seguridad termina por reconocer la inevitable persistencia del delito y la imposibilidad de su erradicación y, con ello, el fracaso, *a priori*, de tal empeño; *segundo*, la expansión de la búsqueda de la seguridad ha incrementado, cuantitativa y cualitativamente, las dimensiones de la intervención penal, lo que, igualmente, demuestra el fracaso en conseguir ese objetivo porque de haberse logrado, las dimensiones del estado penal deberían haberse ido reduciendo proporcionalmente; *tercero*, la seguridad promete tranquilidad pero, en realidad, genera más sentimientos de ansiedad porque en la medida en que se hacen continuas apelaciones a la necesidad de su consecución y del restablecimiento de las condiciones que la hacen posible, se pone en evidencia, de forma más cruda, su inexistencia y la existencia y persistencia de los riesgos que amenazan esa tranquilidad; *cuarta*, la seguridad se proclama como un bien universal y, sin embargo, termina por afirmar su parcialidad porque es excluyente, al dividir a la sociedad entre víctimas y victimarios, identificando, señalando y excluyendo a éstos en beneficio de aquéllas; *quinta*, la seguridad promete libertad y, por el contrario, erosiona las libertades civiles porque legitima y justifica dosis cada vez mayores de intromisión e intervención penal; y, *sexta*, la seguridad se proclama como un bien social público y, sin embargo, es un objetivo hostil para un modelo perfecto de sociedad porque al representarse en términos de bienestar individual (seguridad para gozar de tranquilidad y libertad *los individuos*), choca con el valor social de la confianza en el otro y sus estrategias terminan por

<sup>50</sup>. *Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa*, tesis doctoral para optar al título de Doctor en Sociología, Universidad de Barcelona, 2004, original mecanografiado, págs. 41-42.

<sup>51</sup>. "Two Much Security?", en *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 31, núm. 3, 2003, págs. 157 y ss.

quebrar la solidaridad social. Inasequible a estas inconsistencias, las políticas penales dirigen todas sus energías a hacer de la seguridad la meta y, por tanto, su consecución obliga a desplegar una estrategia que conduce, inevitablemente, a estigmatizar al otro, al que se ajusta al perfil de *individuo peligroso*, sin darle siquiera la oportunidad de demostrar que su ajuste al perfil o el pronóstico acerca de su comportamiento futuro es erróneo, anulando, lo más y por el mayor tiempo posible, sus posibilidades de acción, excluyendo de su pertenencia al entramado social.

La tendencia a utilizar la pena con fines inoquizadores o incapacitantes estaba ya presente en algunas de las sanciones del Código Penal de 1995<sup>52</sup> y se ha agudizado mucho más en sus siguientes reformas<sup>53</sup>. Todas estas reformas, como ha señalado González Cussac<sup>54</sup>, ni siquiera intentan intimidar a la generalidad de los ciudadanos mediante la amenaza de la pena ni reforzar las valoraciones que contienen las normas jurídicas, pues para ello haría falta recurrir a otros instrumentos normativos, sino que persiguen “mantener alejado de la sociedad al delincuente, bien mediante la creación del ‘período de seguridad’ o bien mediante el incremento de las penas de prisión y su duración”; “el objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible sin importar demasiado su evolución”. No vamos aquí a discutir que la inoquización sea uno de los legítimos fines que, en un sistema de justicia criminal, se pueden pretender alcanzar mediante la imposición de una pena. Pero lo que no parece, en absoluto, tan legítimo es que, con olvido de otros objetivos, como puede ser la resocialización, la intimidación del delincuente o de posibles delincuentes, la socialización, etc., la inoquización pase a ser el fin primordial, cuando no el único, de la pena. Máxime si, como es el caso, bajo la aparentemente legitimidad de la inoquización lo que se pretende, en realidad, es una neutralización de las posibilidades de acción, provocando

<sup>52</sup>. Con acierto señala Silva Sánchez (“¿Política criminal...”, en *ob. cit.*, pág. 1.451), que, en el texto del Código Penal de 1995 “se asiste a un renacimiento de los institucionales que se apoyan en buena medida en la intimidación individual y la inoquización: arrestos de fin de semana y, en otro contexto, inhabilitaciones profesionales a las personas físicas y ‘consecuencias accesorias’ aplicables a las personas jurídicas abundan en esta línea. También las limitaciones que el Código introduce a la posible aplicación de la suspensión y de la sustitución dentro de los marcos temporales establecidos se explican, al menos de entrada, en clave de inoquización. Obvio es decir, en fin, que el tenor del artículo 78 se explica del mismo modo”. Aprecia una tendencia clara a la inoquización, por ejemplo, en la reforma penal de la Ley Orgánica 7/2003, López Peregrín, C.: “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 1, 2003, págs. 14 y ss.

<sup>53</sup>. Ejemplos significativos de lo cual lo son, entre otros que se podrían citar, la creación de las penas accesorias de prohibición de residencia, aproximación y comunicación (artículos 33 y 48) en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio y la ampliación de su duración (artículo 57) en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; la reforma del artículo 78 para crímenes especialmente graves en la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que hace inútil o imposible la aplicación de medidas orientadas a una posible reintegración social (permisos de salidas, tercera grado penitenciario, libertad condicional); la ampliación de los límites máximos de cumplimiento efectivo de la pena de prisión (artículo 76) en el texto de esa misma Ley Orgánica 7/2003; la modificación del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica; y, por supuesto, expresión máxima de esta tendencia es la creación de la pena de libertad vigilada, a la que ya antes nos hemos referido. Destacan esa tendencia en las reformas de 2003, Maqueda Abreu, M.L.: “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pág. 9; Muñoz Conde, F.: “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, en *El País*, 15 de enero de 2003; Roca Agapito, L.: “Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, en *La Ley*, núm. 5.731, 4 de marzo de 2003, pág. 1 y ss.

<sup>54</sup>. “La contrareforma...”, en *ob. cit.*, pág. 24.

su eliminación (social o jurídica <sup>55</sup>), de un delincuente calificado como peligroso, la definición de cuya peligrosidad se establece, en el mejor de los casos, sobre rígidos parámetros actuariales o estadísticos y, en el peor, sobre meras presunciones a partir de factores de riesgo normativamente definidos <sup>56</sup>, pero que, en cualquiera de ambos casos, nada tienen que ver con una valoración personal, clínica e individualizada que arroje algo de luz, sobre bases *científicas*, acerca del pronóstico de su comportamiento futuro. Eso es así porque la decisión sobre la inoquización se está tendiendo, cada vez más, a desplazarla al momento de la conminación penal abstracta <sup>57</sup>, en lugar de ubicarla, como sería lo correcto, en el momento de la aplicación judicial de la pena o, incluso, en el ámbito de la ejecución penitenciaria, a los efectos, por ejemplo, de progresión de grado o de libertad condicional, estableciéndose, con carácter obligatorio para el juez, la toma de decisiones inoquizadoras que, en última instancia, presumen sin posibilidad de prueba en contrario, su necesidad por la inevitable peligrosidad futura del individuo <sup>58 59</sup>.

<sup>55</sup>. O, en sistemas que aplican la pena de muerte, la eliminación física.

<sup>56</sup>. Véase, *supra*, en la nota 33, cómo se establecen esas presunciones en la legislación inglesa a los efectos de dictar las sentencias indeterminadas.

<sup>57</sup>. Así lo advierte, por ejemplo, Simon, J.: "Reversal of Fortune: The Resurgence of Individual Risk Assessment in Criminal Justice", en *Annual Review of Law and Sociology Science*, 2005, pág. 395.

<sup>58</sup>. Por ejemplo, en nuestro Código Penal, los artículos 55 (inhabilitación absoluta obligatoria); 56 (inhabilitación especial atendiendo a la gravedad del delito, ni siquiera por referencia a la peligrosidad del sujeto); 57 (obligatoriedad de imponer las penas del artículo 48.2, presumiendo la peligrosidad futura del sujeto y el riesgo para la víctima); 83.1. último párrafo (reglas de conducta obligatorias, presumiendo siempre la peligrosidad futura del maltratador); 88.1. último párrafo (*idem*); etc.

<sup>59</sup>. Resulta curioso constatar cómo el mensaje inoquizador (o si se prefiere, el mensaje de que de lo que se trata es de anular las futuras oportunidades de comportamiento del delincuente peligroso) va calando en la propia doctrina, aún de forma inconsciente, en autores nada sospechosos de profesar el punitivismo y el autoritarismo penal. Por ejemplo, en un artículo de prensa publicado hace pocos años, Díez Ripollés ("La reforma del sistema de penas", en *El País*, sábado, 26 de noviembre de 2005, pág. 28), criticando el excesivo uso que de la prisión hace nuestro Código penal, afirmó: "El derecho penal debiera aprovechar... para remodelar su sistema de penas de forma que potenciara las penas privativas de derechos ahora existentes y las ampliara a ámbitos hasta el momento no abarcados. Frente al tosco recurso al encarcelamiento, un cumplimiento exigente y reforzado de penas de inhabilitación profesional o que priven de la posibilidad de realizar determinadas actividades sociales... o de reacciones que impidan al ciudadano beneficiarse de ayudas, subvenciones u otro tipo de aportaciones, pueden convertirse en uno de los medios preventivos más eficaces para la transformación, dentro de un escrupuloso respeto del principio de proporcionalidad, del obsoleto sistema de penas que padecemos". La inhabilitación profesional es, sin duda, un ejemplo típico de pena destinada a la incapacitación del sujeto para evitar, impidiendo el ejercicio de la profesión, que dicho individuo vuelva a delinquir, como también lo es la privación de la posibilidad de realizar determinadas actividades sociales o el impedir que el ciudadano pueda beneficiarse de ayudas, subvenciones u otro tipo de aportaciones. Además, tales sanciones es sumamente difícil que se puedan *medir* sólo en términos de proporcionalidad con el daño causado por el delito, porque si lo que se quiere es prevenir futuros hechos delictivos (futuras negligencias profesionales), eliminando completamente el riesgo de reiteración, hay que establecer un complejo sistema de predicción de posibles negligencias futuras que tendría que tener en cuenta no sólo la negligencia criminal ya cometida sino otros factores de valoración acerca de cómo el sujeto ha desempeñado su actividad profesional, al margen del caso en el que cometió la negligencia. Con lo cual ese sistema de predicción de comportamientos futuros terminaría por tener en cuenta la negligencia criminal ya cometida sólo como un factor más añadido, pero no decisivo, para medir la duración de la pena. Por otra parte, la mejor forma de garantizar que un sujeto vuelva a cometer una negligencia profesional es apartándole del ejercicio activo de su profesión durante un tiempo, con lo cual, en determinadas profesiones, eso es garantía de quedar desfasado. Probablemente, la inhabilitación profesional no es tan buena idea, aunque sí lo pueda ser un ejercicio tutelado o supervisado de la profesión (hablaríamos así en términos de necesidad de una *rehabilitación profesional* no de *incapacitación profesional*), obligando al sujeto a que, determinadas tareas, las realice de forma restringida hasta volver a adquirir la destreza o la disciplina profesional que no tuvo cuando cometió el delito imprudente.

El porqué ha sido ello así, es decir, por qué ha variado de forma tan sustancial la función que se le asigna a la pena o al Derecho penal es una pregunta que exige, sin duda, una respuesta compleja, que, probablemente, tiene mucho que ver con los factores que vamos a tratar de explicar en las siguientes líneas.

### 1. *El derrumbe del modelo terapéutico o del ideal rehabilitador*

En primer lugar, después de haberse vivido todo el movimiento reformador de las prisiones durante los siglos XIX y XX, con el auge de las teorías preventivo-especiales, los años 70 del pasado siglo dieron paso a un momento de gran escepticismo respecto a la posibilidad de mantener vigente el modelo del ideal rehabilitador que durante tantos años animó las más profundas reformas de nuestros sistemas penales y penitenciarios. Para cuando irrumpieron los años 80 del siglo XX se daba ya, prácticamente, por hecho, al menos en los sistemas penales que estuvieron más comprometidos con dicho modelo (EE.UU., Gran Bretaña, Canadá, Australia, etc.), que la ideología de la resocialización había fracasado en su intento de convertirse en el cimiento sobre el que asentar las estructuras de los sistemas penales y penitenciarios. En los foros académicos, el camino hacia tal escepticismo se consolidó definitivamente con las investigaciones de Lipton, Martinson y Wilks<sup>60</sup>, en las que a toda una serie de preguntas sobre la viabilidad y eficacia de los programas de tratamiento se contestaba con aquel famoso y lacónico: *nothing works* (nada funciona). “Con algunas excepciones –diría Martinson<sup>61</sup>—, los esfuerzos rehabilitadores de los que se posee información hasta el presente no han tenido una incidencia apreciable en las cifras de reincidencia”. A partir de ese momento, y especialmente entre los autores más liberales y progresistas de la literatura científica de los EE.UU., tan influyente en el ámbito de los países más imbuidos del espíritu resocializador, se llegó al convencimiento de que no existía ni podía existir investigación alguna capaz de ofrecer datos sobre programas rehabilitadores que, en relación con el número de delincuentes que ingresan anualmente en prisión, arrojen un mínimamente relevante número de éxitos o, cuando menos, un número de éxitos suficiente como para justificar el esfuerzo en medios humanos y materiales que se había estado invirtiendo en ellos durante décadas<sup>62</sup>.

Bien es cierto, como señaló en su momento Allen<sup>63</sup>, que nada nuevo había en el

<sup>60</sup>. Lipton, D., Martinson, R. y Wilks, J.: *The Effectiveness of Correctional Treatment*, Praeger, New York, 1975; también, Martinson, R.: “What works?: Questions and answers about prison reform”, en *The Public Interest*, 35, 1974, págs. 22 y ss.

<sup>61</sup>. Martinson, R.: “What works?..”, *ob. cit.*, pág. 25. Subrayado en el original. Un reciente *remake* panfletario de las tesis de Martinson lo constituye el trabajo de D. Farabee: *Rethinking Rehabilitation: Why Can't We Reform Our Criminals?*, American Enterprise Institute, Washington, D.C., 2005, quien ha merecido críticas tan demolidoras como, por ejemplo, la que le ha dedicado S. Maruna, en *Punishment and Society*, vol. 9, núm. 3, 2007, págs. 333 y ss.

<sup>62</sup>. Uno de los más relevantes representantes de dicho grupo de autores, Andrew von Hirsch, no tuvo reparo en concluir y airear una afirmación tan rotunda como ésta en una gran parte de sus más importantes trabajos publicados desde mediados de la década de los setenta hasta mediados de la década de los ochenta (véase, por ejemplo, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Hill and Wang, New York, 1976, pág. 18, igualmente, “Recent trends in American Criminal Sentencing Theory”, en *Maryland Law Review*, 42, 1983, pág. 11).

<sup>63</sup>. Allen, F.A.: *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven, London, 1981, pág. 57.

escepticismo expresado por Martinson, salvo quizá el hecho de que viniera corroborado por un estudio elaborado sobre una muestra más amplia que la de trabajos anteriores. Porque opiniones similares a la suya abundaban en la literatura penológica desde finales de la II Guerra Mundial<sup>64</sup>. Pero la repercusión que las conclusiones de Martinson<sup>65</sup> tuvieron fueron definitivas para crear un clima de pesimismo penológico muy extendido en el que, por una parte, se impuso la idea de que todo lo que cabe esperar de la aplicación de penas privativas de libertad es que sirvan al fin de la inocuización o, expresados en términos muy al uso en la literatura anglosajona, al fin de la *humane containment* (contención humana)<sup>66</sup> y, por otra, se modificaron profundamente los criterios con los que el personal técnico y asistencial de las administraciones penitenciarias habían de enfrentar su tarea, especialmente en los países más comprometidos, al menos teóricamente, con la ideología de la rehabilitación, haciéndose desde entonces mucho más énfasis en el control y en la vigilancia que en la asistencia o el apoyo<sup>67</sup>. Y ello a pesar de que investigaciones posteriores han podido demostrar que no existe base suficiente para afirmar, de forma tan concluyente a como lo hizo Martinson, que nada funciona en los programas de reinserción o rehabilitación<sup>68</sup>. Por otra parte, tampoco se puede olvidar que al rechazo del modelo resocializador contribuyeron muy eficazmente las teorías sociológicas de la desviación y las que algunos denominaron *nuevas teorías criminológicas de la vida cotidiana* (teoría de la opción racional, teoría de la actividad rutinaria, teoría de la prevención situacional)<sup>69</sup>, surgidas a finales de los años sesenta y comienzos de los setenta que, bien poniendo de manifiesto el carácter normal, no patológico, del fenómeno delincuente y su ubicuidad (con lo que cualquier tratamiento resocializador sería inútil), bien haciendo hincapié en la contradicción flagrante que implica querer adaptar a un hombre a una sociedad de la que se le aísla coactivamente, o bien insistiendo en que el delito es un riesgo que hay que calcular o un accidente que

<sup>64</sup>. El propio Allen (*The Decline...*, ob. cit., pág. 115, nota 97) ofrece un buen repertorio de trabajos que expresan reservas y opiniones muy contrarias al modelo de tratamiento o al modelo rehabilitador.

<sup>65</sup>. Martinson, antes de su muerte, y consciente del efecto demoledor que tuvo su trabajo, intentó matizar algunas de sus conclusiones, pero evidentemente esas matizaciones llegaron tarde y el daño ya estaba hecho (véase, Martinson, R.: "New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform", en *Hofstra Law Review*, vol. 7, 1979, págs. 243 y ss.).

<sup>66</sup>. Taylor, M. y Pease, K.: "Private Prisons and Penal Purpose", en Matthews, R. (ed.): *Privatizing Criminal Justice*, Sage Publications, London, Newbury Park, New Delhi, 1989, pág. 184.

<sup>67</sup>. McConville, S., en Rees, H. y Williams, E.H. (eds.): *Punishment, Cu study and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper*, London School of Economics, London, 1989, pág. 41.

<sup>68</sup>. Véase, por ejemplo, Cullen, F.T. y Gilbert, K.E.: *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson Publishing, Cincinnati, Ohio, 1982; Gendreau, P. y Ross, R.R.: "Revivification of Rehabilitation: Evidence from the 1980s", en *Justice Quarterly*, vol. 4, núm. 3, 1987, págs. 349 y ss.; Andrews, D.A., Zinger, I., Hoge, R.D., Bonta, J., Gendreau, P. y Cullen, F.T.: "Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis", en *Criminology*, vol. 28, núm. 3, 1990, págs. 369 y ss.; Palmer, T.: *The Re-emergence of Correctional Intervention*, Sage Publications, Newbury Park, 1992; Lipsey, M.W.: "Juvenile Delinquency Treatment: A Meta-Analytic Inquiry into Variability of Effects", en Cook, T.D., Cooper, H., Mosteller, F., Light, R.J. y Hedges, L.V. (eds.): *Meta-Analysis for Explanation: A Casebook*, Russell Sage Foundation, New York, 1992, págs. 83 y ss.; Lösel, F.: "The Efficacy of Correctional Treatment: A Review and Synthesis of Meta-evaluation", en McGuire, J. (ed.): *What Works: Reducing Reoffending: Guidelines from Research and Practice*, John Wiley & Sons, Chichester, 1995, págs. 79 y ss.

<sup>69</sup>. Garland, D.: "The Limits of the Sovereign State", en *British Journal of Criminology*, vol. 36, núm. 4, 1996, pág. 450

debe de ser evitado, minaron desde el punto de vista ideológico una buena parte del soporte teórico sobre el que dicho modelo se asentaba <sup>70</sup>.

Es evidente, además, que en el fracaso de la ideología de la resocialización también ha tenido una decisiva influencia el constante incremento que experimentó la delincuencia —especialmente la delincuencia violenta de los grandes núcleos urbanos— en la segunda mitad del siglo XX, y muy particularmente en los años 80, lo que provocó la consiguiente convicción popular, difundida entre el público en general a través de informaciones sesgadas o manipuladas <sup>71</sup>, de que parte de ese incremento es debido a un exceso de benignidad en el trato otorgado a los delincuentes. Por ello, aunque no tanto a nivel académico, pero sí a nivel de la política criminal oficial y, por supuesto, a nivel popular, el progresivo abandono de la ideología de la resocialización fue dando paso a un poderoso resurgimiento de las doctrinas del *law and order* o del *control and punishment* que, en el mejor de los casos, exigían una aplicación más estricta y efectiva de las penas, especialmente, de la pena privativa de libertad, reduciéndose las “concesiones” al delincuente, y, en el peor, un mayor y más enérgico control del fenómeno delincuente que se debería de concretar en un endurecimiento de las penas y en un mayor rigor y severidad en su aplicación, así como en una suavización de las garantías procesales. Significativas son, en este sentido, las palabras de Morgan <sup>72</sup>, referidas a la situación de Gran Bretaña, a finales de los años 70 y comienzos de los 80: es posible —afirmaba el autor— que los profesionales de la asistencia social gusten de “ver su labor como de ‘ayuda’ más que como de ‘castigo’”, pero realmente, términos como los de “asistencia social racional”, “benevolencia”, “pautas de tratamiento”, han pasado a mejor vida. Ello podía ser así en los años sesenta, pero hoy (por los finales de los setenta y comienzos de los ochenta del siglo XX) “tal idealismo se ha evaporado y, en este momento, la tendencia general, promovida tanto por consideraciones ideológicas como fiscales, va encaminada a medidas relativamente simples y con fines retributivos y/o reparadores, considerando la relación coste-eficacia” <sup>73</sup>. De todas formas, a pesar

<sup>70</sup>. Véase, García-Pablos & Molina, A.: “La ‘resocialización’ del delincuente. ¿Un mito?”, en *Problemas actuales de la Criminología*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, págs. 245 y ss. También desde el ámbito del Derecho penal la legitimidad de la ideología de la resocialización ha sido objeto de fuertes críticas, pues —se dice— no tiene objeto resocializar a un delincuente para reintegrarlo en una sociedad que, en y de por sí, es criminógena y, además, la intervención resocializadora no deja de ser una injerencia injustificable en los derechos individuales del individuo que ha delinquido, ya que si se desea tener éxito se ha de intentar no sólo modificar el comportamiento externo sino, igualmente, la actitud interna (véase, Silva Sánchez, J.M.: *Aproximación...*, ob. cit., pág. 31).

<sup>71</sup>. Porque, como señaló, en su momento, Ryan (*The Politics of Penal Reform*, Wesley Longman Publishing, London, New York, 1983, pág. 116), el público en general adopta la perspectiva de que el sistema penal es algo que tiene más que ver con la represión o la intimidación que con la reforma o la resocialización, y cuanto más duras y severas las penas más efectivo es el efecto disuasorio de las mismas. Teniendo en cuenta tal presupuesto no es difícil explicar la facilidad con la que se pueden manipular los sentimientos represivos de la opinión pública, suministrándole informaciones selectivas sobre crímenes extraordinariamente violentos o repudiables, porque, como ha señalado Miranda (“La sábana de los fantasmas”, en *El País*, suplemento: Temas de Nuestra Época, 11 de enero de 1990), “la inseguridad no es sólo el producto de la acción de pequeños delincuentes y, por tanto, no correlaciona necesariamente con la experiencia de la victimización; es, sobre todo, una interpretación distorsionada de la realidad, en virtud de representaciones sociales compartidas en tanto que difundidas”.

<sup>72</sup>. Morgan, N.: “Non-Custodial Penal Sanctions in England and Wales: A New Utopia?”, en *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, vol. XXII, núm. 3, 1983, págs. 158-159.

<sup>73</sup>. No obstante, la doctrina del *law and order* no fue específicamente diseñada para el ámbito de la política



de que las consideraciones fiscales se suponía que tenían prioridad en ese contexto ideológico, lo cierto es que, en última instancia, primaban las consideraciones políticas e ideológicas, pues los costes económicos para implantar las severas políticas de ley y orden no parecían importar tanto como se pretendía. Así y todo, tampoco se dejaba de razonar con esquemas económicos muy simples, porque dándose por hecho que inocular era mucho más efectivo, en términos de prevenir la delincuencia, también se pensaba que podía llegar a ser, incluso, más barato, ya que, por una parte, le ahorra a la sociedad los costes ciertos del delito y, por otra, si iba a ser inevitable el gasto de mantener al preso en la cárcel, sin embargo, el ahorro que suponía no aplicar programas de rehabilitación, inútiles y caros, podía ser considerable, especialmente, si los costes del encarcelamiento se disminuían haciendo más austeras sus condiciones<sup>74</sup>.

## 2. La irrupción del paradigma del riesgo

Por otra parte, en el tránsito del modelo rehabilitador al modelo inocular tam-

criminal, sino que forma parte de un movimiento ideológico, fundamentalmente impulsado en los finales de los años setenta y en los años ochenta por los gobiernos conservadores de los EE.UU. y Gran Bretaña, empeñado en movilizar a la *mayoría silenciosa* contra unas normas de funcionamiento social excesivamente tolerantes y permisivas, afirmándose la necesidad de un rearme moral que revitalizara valores tradicionales en peligro (patria, autoridad, familia, disciplina, trabajo duro, responsabilidad). En tal contexto, frente a la disidencia, social o política, no existía mejor respuesta que la reafirmación de la autoridad del Estado y de los "valores" del sistema establecido. Como se ha podido afirmar, el "fácil consenso" de los cincuenta o de los sesenta se sustituyó por el "consenso autoritario" de los setenta y los ochenta (Ryan, M.: *The Politics...*, ob. cit., págs. 120-121); y, claro está, en tal contexto queda muy poco espacio para la compasión con el que delinque. A todo ello se le sumó, en el ámbito económico, el que a comienzos de los años setenta, y sobre todo a partir del año 1973, como consecuencia --aunque no únicamente-- de la *crisis del petróleo*, se inicia un largo período de recesión económica, a la que se trata de hacer frente sustituyendo las doctrinas económicas keynesianas, hasta entonces imperantes, por la vieja teoría económica neoclásica. El cambio de filosofía fue evidente y de proporciones muy trascendentales. Porque de valorarse el papel de las fuerzas sociales y de lo colectivo se pasó a una exaltación del individualismo; de valorarse y ponderarse el papel de lo público se pasó a darle más valor a lo privado; de una política de gestión de la demanda para dirigir la economía se pasó a una política de oferta; de la política fiscal se pasó al monetarismo exacerbado; de potenciar un sector público con potentes resortes para intervenir y regular la economía, se pretendió pasar a un Estado con los poderes económicos recortados; de una cierta planificación se pasó a las fuerzas ciegas del mercado; de la nacionalización de sectores básicos y de un desarrollado sector público productivo, se pasó a las privatizaciones (Montes, P.: *Golpe de estado al bienestar. Crisis en medio de la abundancia*, Icaria Editorial, Barcelona, 1996, pág. 45). Este nuevo contexto ideológico, en el terreno de la política criminal, abocaba a los gobiernos a un terrible dilema, porque si se aplicaban políticas económicas de fuerte restricción del gasto público, especialmente en los sectores social y asistencial, no se podía combatir eficazmente la delincuencia, pues a pesar del constante incremento de ésta no se podían generar más gastos en las partidas de Policía, Administración de Justicia y Administración Penitenciaria; pero si se intentaba combatir eficazmente la delincuencia, de acuerdo con los nuevos criterios represivos y neo-retributivos, cuyo lema podría resumirse en algo así como "más cárcel por más tiempo para los criminales", eran necesarios más policías, más jueces y fiscales y más y más grandes prisiones, lo que contradiría la política de restricción del gasto público.

<sup>74</sup> Ryan, M.: "Engaging with Punitive Attitudes Towards Crime and Punishment. Some Strategic Lessons from England and Wales", en Pratt, J., Brown, D., Brown, M., Hallsworth, S. y Morrison, W.: *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2005, pág. 142. Paradójicamente, esa falta de atención a los elevadísimos costes que las políticas de encarcelamiento masivo ha provocado, por ejemplo, en los EE.UU., es la que puede producir una reversión de la tendencia hacia políticas no tan represivas; véanse, las reflexiones de Blumstein, A.: "Restoring Rationality in Punishment Policy", en Tonry, M. (ed.): *The Future of Imprisonment*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004, págs. 61 y ss.; Steen, S. y Bandy, R.: "When the Policy Becomes the Problem", en *Punishment and Society*, vol. 9, núm. 1, 2007, págs. 16-17; y, Lacey, N.: "Criminal Justice and Democratic Systems: Inclusionary and Exclusionary Dynamics in the Institutional Structure of Late Modern Societies", en *Center for the European Studies Working Paper Series*, núm. 148, 2007.

bién tiene mucho que ver con cómo nuestra sociedad actual selecciona los riesgos que considera importante gestionar o controlar, con cómo explica las fuentes que los genera y con cómo atribuye la responsabilidad por esos riesgos. De esta forma la perspectiva del *daño causado por el delito* (referente real, descriptible, perceptible y tangible), como criterio rector de la tipologías delictivas y modulador de la reacción penal, parece haberse convertido en un referente insuficiente y ha venido a ser sustituido, como ya hemos anticipado, por el *paradigma del riesgo* (referente artificial, inconsistente y volátil) como criterio determinante de la intervención preventiva del Derecho penal. La cuestión, ahora, no es reprimir la causación de daños y, a través de ello, intentar prevenir, con el ejemplo y la realidad de la aplicación de la pena, futuras comisiones de nuevos daños, influyendo sobre los comportamientos futuros del conjunto de individuos que conforman la sociedad o actuando sobre las causas que han provocado que un sujeto en particular haya ya causado un daño, sino que el objetivo prioritario de la política criminal es la búsqueda de la máxima seguridad y la minimización de los factores y los contextos que provocan riesgos. Y decimos que el paradigma del riesgo constituye un referente más artificial, inconsistente y volátil porque, como ha explicado la antropóloga Mary Douglas<sup>75</sup>, el concepto originario de *riesgo*, al entrar en el debate político, ha perdido su conexión originaria con la idea de cálculo técnico de probabilidades y su carácter neutral. Riesgo significaba la probabilidad de que ocurriera un evento, combinado con la magnitud de pérdidas o ganancias que acarrearía, con lo cual era un concepto estrechamente vinculado al conocimiento científico. El tránsito a la sociedad industrial moderna hace que el concepto de riesgo irrumpa en el debate político porque el pensamiento probabilístico había penetrado en la industria, en la ciencia moderna y en la filosofía, con lo cual, el lenguaje del riesgo termina por formar parte de la política como parte del proceso de homogeneización que nos traslada a un nuevo nivel mundial de interacción. Sin embargo, el concepto de riesgo, al irrumpir en la política, se ha transformado en un concepto cultural, que nada tiene que ver con cálculos probabilísticos, porque riesgo significa, ahora, peligro y un alto riesgo significa mucho peligro, perdiendo su connotación neutral originaria para ser identificado en términos negativos. El riesgo, ahora, es algo que hay que prevenir y neutralizar, no algo que hay que calcular y que da una base para actuar porque se asuman las cargas pero, también, se puedan alcanzar beneficios. El nuevo concepto de riesgo sirve ahora de soporte ideal, en el diálogo cultural sobre qué decisiones políticas tomar y cuáles rechazar en una sociedad, para invadir, rechazar la emigración, para conceder o negar autorizaciones, decisiones todas ellas que responden a demandas que necesitan el soporte de instituciones legales y judiciales<sup>76</sup>. El concepto de riesgo se evoca, ahora,

<sup>75</sup>. *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, Routledge, London and New York, 1992, págs. 22 y ss.

<sup>76</sup>. La vigente noción de riesgo —ha explicado Douglas en otro lugar— no está, por tanto, basada en razones prácticas o en juicios empíricos, sino que es una noción construida culturalmente, que enfatiza algunos aspectos del peligro e ignora otros, de modo que se crea, así, una cultura del riesgo que varía según la posición social de los actores (*La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, traducción de V.A. Martínez, Ediciones Paidós, Barcelona, 1996, p.11). Aceptan esta idea de la noción cultural del concepto de riesgo, Paredes Castañón, J.M.: “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, en *Eguzkilore*, núm. 20, diciembre 2006, pág. 135, y ; Pérez Cepeda, A.I.: *La seguridad...*, ob. cit., pág. 339. Por otra parte, que el concepto de riesgo se construye y utiliza de esa forma tan variable y arbitraria lo demuestra, palmariamente, cómo de una inicial

para referirse al peligro de recibir futuros daños por parte de las acciones de otros y se utiliza, por tanto, para justificar la protección de los individuos frente a esas posibles acciones. En ese contexto, el concepto de riesgo es el nuevo estigma; al igual que en las antiguas culturas, los pobres, los marginados, los leprosos (los que estaban, por ejemplo, más expuestos al riesgo de contraer enfermedades contagiosas), terminaban por ser culpados de los daños que sufrían los que no estaban expuestos a ellos (el pobre contrae el cólera y contagia al rico, luego el pobre es el culpable del daño para el rico), ahora, en esta cultura individualista que vivimos, los "nuevos" débiles (los *peligrosos* por satisfacer perfiles de riesgo) van a ser, otra vez, culpados de por su situación que, a su vez, se convierte en un factor de riesgo para nosotros. En esta individualista *sociedad de riesgos*, el que satisface el perfil de "inmigrante", sobre todo, musulmán o africano y, en menor medida, iberoamericano o procedente de países del Este de Europa; el que satisface el perfil de "maltratador doméstico"; el perfil de "delincuente sexual"; el perfil de "terrorista" o "colaborador de terroristas"; el perfil de "conductor temerario"; etc., es el "nuevo pobre", cuya situación o características personales (que les hace ser portadores de tal o cual perfil de riesgo) les convierte en probables o ciertos (dependiendo de cuántos *positivos* dé ese perfil) objetos de la intervención penal por ser él *un riesgo* para el resto de los ciudadanos <sup>77</sup>.

En la nueva política criminal se trata, por tanto, de anular o minimizar las oportunidades de acción de los individuos que se ajustan al perfil de *individuo portador de factores de riesgo* (individuo peligroso, en definitiva), sin darle siquiera la oportunidad de demostrar que su ajuste al perfil o el pronóstico acerca de su comportamiento futuro es erróneo. Ello, probablemente, tiene mucho que ver con el tránsito de la comunidad local hacia un contexto (regional, nacional o internacional) global, lo cual implica una liberación de viejas ataduras y condicionantes sociales, pero, al mismo tiempo, supone una pérdida de los viejos mecanismos de protección, de modo que nos convertimos en actores sin ataduras, que deambulan en el sistema mundial, pero al hacernos más libres también estamos más expuestos y ello nos hace sentir vulnerables. El estado tiene que configurarse, entonces, no sobre viejas formas de solidaridad social, sino sobre nuevas lealtades, y esas nuevas lealtades exigen suministrar a los miembros de la comunidad nuevas formas de protección <sup>78</sup>. Por otra parte, la cultura de culpabilización por los riesgos ha variado, probablemente como consecuencia del estado del conocimiento, de modo que cualquier muerte, cualquier accidente, cualquier enfermedad, ya no se atribuye a la Providencia, a los dioses, o a la ignorancia de las leyes físicas, o a la

referencia a los *riesgos tecnológicos* de la "sociedad de riesgo", como excusa para las nuevas formas de intervención penal, ya hemos pasado a hablar de los *riesgos no tecnológicos*, donde se han seleccionado ya, de forma muy arbitraria, qué riesgos son los que pasan a ser objeto de especial atención como propios de la modernidad (véanse, al respecto, las agudas consideraciones de Díez Ripollés, J.L.: "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01, 2005, págs. 01:1 y ss.).

<sup>77</sup>. Además, como ha indicado y demostrado, por ejemplo, Díez Ripollés ("Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4, 2006, págs. 1 y ss.), refiriéndose al caso español, esa obsesión por la necesidad de eliminación o minimización de los riesgos, con intervenciones punitivistas de signo inocuidador, no se puede justificar con niveles crecientes de delincuencia.

<sup>78</sup>. Douglas, M.: *Risk...*, ob. cit., págs. 15.

responsabilidad de la propia víctima (como se hace en sociedades más ignorantes), sino que es siempre atribuida al comportamiento intencional o negligente de un individuo particular<sup>79</sup>. Por tanto, en sociedades en las que los controles sociales informales frente a los comportamientos desviados dejan de tener la eficacia de antaño, con el consiguiente incremento de determinadas formas de delincuencia y el correlativo aumento de la sensación de inseguridad (incrementada por el efecto multiplicador de los medios de comunicación), la gestión de esos comportamientos desviados mediante las modernas técnicas de prevención de riesgos combinada con una apelación a los sentimientos de venganza y retribución más primarios de la población, se ponen al servicio de unos gobernantes ansiosos de captar votos, ofreciendo, de esa forma, la mejor promesa de supresión o eliminación de los riesgos<sup>80</sup>. Como ha señalado Pratt, todo esto lleva inevitablemente a operar con la lógica de que ya que la prisión, en términos de intimidar delinquentes o de reformarlos, no funciona hagámosla funcionar en el sentido de que, simplemente, logre la inocuización del delincuente (*Prison Works!*, se pasó a decir<sup>81</sup>), eliminado, así, los riesgos que pueden provenir de su comportamiento criminal, porque habremos eliminado las oportunidades de acción de ese sujeto<sup>82</sup>. Esta lógica es la que impera en muchas de las voces que, en el debate público sobre la cuestión penal, están preconizando la instauración de la cadena perpetua en España, normalmente, al calor de hechos punibles que trasciende a los medios de comunicación y que resultan especialmente crueles y execrables porque victimizan a menores o a adolescentes.

De todas formas, el riesgo no es sino la *excusa*, porque, como han señalado, por ejemplo, Clear y Cadora<sup>83</sup>, el problema no reside tanto en el descubrimiento del riesgo como objeto de atención de la política criminal, no reside tanto en que vivamos en una sociedad amenazada por nuevos riesgos, en la que existe una permanente demanda para su reducción; el problema es, más bien, cuáles son las *estrategias* que se quieran desplegar para controlar tales riesgos, que no son sino parte de estrategias más amplias

<sup>79</sup>. Douglas, M.: *Risk...*, ob. cit., págs. 15-16. En el mismo sentido, una explicación más pormenorizada, con inteligentes apreciaciones sobre las consecuencias jurídico-penales a lo que ello conduce, en Silva Sánchez, J.M.: *La expansión...*, ob. cit., págs. 46 y ss.

<sup>80</sup>. Véase, Bottoms, A.: "Philosophy...", en ob. cit., págs. 44 y ss. En un sentido similar, las explicaciones de Silva Sánchez (*La expansión...*, ob. cit., págs. 28 y ss.).

<sup>81</sup>. Son muy conocidas las palabras de Michael Howard, a la sazón Ministro del Interior (*Home Secretary*) de Gran Bretaña, en la Conferencia del Partido Conservador de octubre de 1995: "La prisión funciona. Nos asegura que estamos protegidos de asesinos, asaltantes y violadores: y hace que muchos de los que están tentados de cometer un delito se lo piensen dos veces (...). Esto puede significar que más gente irá a prisión. Eso no me perturba. No debemos seguir valorando el éxito de nuestra justicia por un descenso en las cifras de población reclusa" (cita textual en, Mason, P.: "Prison Decayed: Cinematic Penal Discourse and Populism 1995-2005), en *Social Semiotics*, vol. 16, núm. 4, 2006, pág. 607).

<sup>82</sup>. "Elias, Punishment...", en ob. cit., pág. 256. Sobre cómo se ha llegado, en la política criminal de los tiempos presentes, a que la inocuización cumpla ese papel estelar, véase, igualmente, Silva Sánchez, J.M.: "El retorno de la inocuización, El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delinquentes sexuales violentos", en VV.AA.: *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 699 y ss., y Robles Planas, R.: "'Sexual Predators'. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, octubre de 2007, págs. 1 y ss.

<sup>83</sup>. Clear, T.R. y Cadora, E.: "Risk and Correctional Practice", en Stenson, K. y Sullivan, R.R. (eds.): *Crime, Risk and Justice. The Politics of Crime Control in Liberal Democracies*, Willan Publishing, Devon, 2001, págs. 51-52.

y generales de intervención y cohesión social. Es decir, el riesgo proveniente de actividades delictivas es, desde siempre, algo consustancial a la vida humana y su gestión y reducción ha formado, también desde siempre, parte del propósito de los aparatos de justicia penal. Lo que verdaderamente es novedoso no es, en sí, la existencia de (nuevos) riesgos sino la forma en la que tales riesgos se gestionan en las sociedades contemporáneas<sup>84</sup>. En este sentido, Clear y Cadora<sup>85</sup> definen tres posibles estrategias para hacer frente a los riesgos: la estrategia de la reducción del riesgo; la estrategia de la gestión del riesgo y la estrategia del control del riesgo. La primera (*risk reduction*), hace frente a los riesgos tratando de minimizarlos o reducirlos, generalmente, a través de programas de intervención que buscan modificar el comportamiento del delincuente, de modo que los riesgos, al lograr modificarse dicho comportamiento, menguan o desaparecen. Esta es la estrategia típica de los denominados programas rehabilitadores. La segunda (*risk management*), utiliza técnicas gerenciales que, reconociendo la incertidumbre que siempre está asociada con las situaciones o los factores de riesgo y, por tanto, la posibilidad de errores en las predicciones, no trata de eliminar los riesgos sino de gestionarlos mejor, mediante la introducción de mejoras marginales en los programas de trabajo. Así, los delincuentes de alto riesgo son sometidos a medidas más estrictas de custodia o vigilancia, mientras que los delincuentes de bajo riesgo reciben menos supervisión. Finalmente, la tercera (*risk control*), ejerce controles *externos* sobre los riesgos con el fin de prevenir la realización de nuevos delitos. Estos métodos se definen por la relación existente entre el agente externo y el sujeto-objeto de control: el primero utiliza los recursos penales para eliminar las oportunidades de actuación del segundo. Las estrategias de control del riesgo tienen, por lo tanto, una finalidad incapacitante y suelen adoptar, típicamente, dos modalidades: la restricción de movimientos (encarcelamiento o vigilancia electrónica) y los mecanismos psicotrópicos, como las drogas de control del comportamiento. Por más que esta última estrategia, obviamente, plantea numerosos problemas éticos y prácticos, lo cierto es que es la única que puede ofrecer, a un preocupado "consumidor", una promesa de eliminación completa del riesgo. Porque tanto la estrategia de reducción como la de gestión del riesgo, en la medida en que reconocen la incertidumbre de los factores que van vinculados a su generación (el comportamiento del delincuente puede no modificarse o las mejoras marginales pueden no evitar el riesgo), no pueden garantizar que el riesgo se vaya a eliminar, pero la estrategia de control del riesgo, en la medida en que elimina la oportunidad de acción, elimina el riesgo: es evidente que si encarcelamos al delincuente de por vida nunca va a volver a cometer delitos, al menos, fuera de la prisión<sup>86</sup>. Por lo demás, como ha explicado Hudson<sup>87</sup>, en la medida en que la estrategia de control de riesgo elimina las oportunidades de acción del potencial

<sup>84</sup>. *Ibidem*, págs. 58-60. "El problema, por tanto, no es si el riesgo preocupa en la práctica penal, sino cómo preocupa" (*ibidem*, pág. 58).

<sup>85</sup>. *Ibidem*, pág. 59.

<sup>86</sup>. *Ibidem*, pág. 60.

<sup>87</sup>. Hudson, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Sage Publications, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003, pág. 48.

futuro delinciente, también elimina el viejo problema de los "falsos positivos" <sup>88</sup>. Por otra parte, si un sujeto posee los indicadores que, estadísticamente, han sido definidos como factores de riesgo por parte de los especialistas, nunca puede haber un error en cuanto a la predicción del comportamiento individual sino que, en todo caso, lo que habrá serán errores o imprecisiones estadísticas que, en su caso, obligarán a modificar las tablas estadísticas o los sistemas de valoración de los datos, pero nunca se hace necesaria la verificación de las predicciones en relación con los comportamientos individuales concretos <sup>89</sup>.

El lenguaje de la inocuización y el riesgo es cada vez más habitual en la terminología oficial de los documentos que explican las líneas fundamentales de la política criminal contemporánea. En el Reino Unido, por ejemplo, en un documento de la mayor importancia para la reorganización del nuevo *National Offender Management Service* (Servicio Nacional de Gestión de Delincuentes), creado por la *Offender Management Act 2007*, que integra al antiguo Servicio Nacional de Prisiones y Servicio Nacional de *Probation*, se encuentran expresiones del siguiente tenor: "Mantener seguro al público es la primera obligación del sistema de justicia criminal, y la primordial prioridad de todos aquellos que trabajan con delincuentes. La gente correctamente espera que los delincuentes no supongan una amenaza para el público mientras están bajo el control del estado. Por ello es por lo que creemos que la prisión debe de estar reservada para los delincuentes graves, violentos y peligrosos; de modo que aquellos que sean peligrosos puedan permanecer en prisión tanto tiempo como sea necesario". Por otra parte, "todos los delincuentes que comparezcan ante un tribunal deben de ser evaluados en relación a los riesgos que ellos puedan plantear, analizando su historial y delitos" <sup>90</sup>.

El Preámbulo de nuestra Ley Orgánica 15/2007 ha ensayado, también, quizás por primera vez, aunque más moderadamente, esa retórica del riesgo, cuando señala que la Ley persigue, entre otras cosas, "incrementar el *control sobre el riesgo tolerable* por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad *que se han de tener por peligrosos* o de niveles de ingesta alcohólica *que hayan de merecer* la misma consideración" <sup>91</sup>. A lo que no se ha atrevido nuestro legislador (o pre-legislador), es a lanzarse abiertamente por la retórica de la inocuización, porque la terminología, por ejemplo, del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de

<sup>88</sup>. Las técnicas de predicción de comportamientos criminales futuros cuentan con dos posibilidades de error: los *falsos negativos* (alguien de quien se ha predicho que no delinquirá delinque) y los *falsos positivos* (alguien de quien se ha predicho que delinquirá, no delinque). Mientras que la víctima potencial quiere ser protegida de los falsos negativos, el delincuente potencial tiene el mismo interés en que se le proteja de los falsos positivos, pero mientras que los falsos negativos son evidentes y producen alarma en el público, los falsos positivos normalmente tienen muy pocas posibilidades de demostrar el error porque suelen permanecer encerrados en una prisión (Hudson, B.: *Justice...*, ob. cit., pág. 48).

<sup>89</sup>. Hudson, B.: *Justice...*, ob. cit., pág. 49.

<sup>90</sup>. A *Five Year Strategy...*, ob. cit., pág. 11. La realidad de esa voluntad de mantener en la prisión a los delincuentes peligrosos *tanto tiempo como sea necesario* se plasmó, como ya hemos visto, en la *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>91</sup>. La caracterización de la nueva configuración de los delitos contra la seguridad vial como ejemplo de utilización del discurso del riesgo, está muy claramente establecida, en nuestra opinión con acierto, por García Albero, R.: "La nueva...", en *ob. cit.*, págs. 11:2 y ss.



noviembre, del Código Penal de 14 de noviembre de 2008, es sutil y moderada cuando dice: "si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a ese objetivo. Esta situación desataca por su gravedad en los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una pena accesoria, denominada 'libertad vigilada' cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad". El texto, como se ve, es enormemente equívoco y abiertamente falto de sinceridad en la descripción de los propósitos, porque es más que evidente que no es la reinserción social, sino la incapacitación, mediante la vigilancia, lo que se pretende con esa nueva pena.

Técnicamente, la penetración del paradigma del riesgo en la configuración de los tipos penales se pone, igualmente, de manifiesto a través de la creación de nuevos delitos de peligro abstracto *formales*, en ámbitos sensibles, como, por ejemplo, el de los delitos contra la seguridad vial, a los que nos hemos referido, delitos en los que es difícil justificar el contenido elemental de lesividad, siquiera sea presunto, del comportamiento que sirve de base al tipo. Aunque esta técnica ya se había utilizado en algunos tipos del texto original del Código penal de 1995, como por ejemplo, los artículos 294, 335.1, 360 ó 383, ahora esta técnica parece querer inaugurarse para delitos que tienden a la protección de bienes jurídicos de naturaleza individual (vida, salud), utilizándose en los nuevos delitos de los artículos 379.1 y 2, último inciso, ó 384, conforme al texto de la reforma de la Ley Orgánica 15/2007. En todos estos casos se opera, siempre, con soluciones que ha proporcionado la lógica de la gestión jurídica de los riesgos, ya sea aplicándose el principio de la acumulación, ya el principio de precaución. El *principio de la acumulación* parte de la idea de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen, por ejemplo, el medio ambiente y no merezcan, por tanto, una sanción penal, cuando se producen en un gran número, generan como consecuencia un grave perjuicio para la calidad o la integridad de determinados valores que integran ese medio ambiente<sup>92</sup>. El *principio de precaución*, por su parte, tan querido para el discurso del riesgo por ser una potente fuente de inspiración para su gestión jurídica, que se desarrolló originalmente para el ámbito medioambiental, parte de la idea de que allí donde hay una seria amenaza de daño, la ausencia de una completa certeza científica no debe ser utilizada como excusa para la inactividad legal o administrativa, dado que la ausencia de una fuerte evidencia de amenaza no es lo mismo que la ausencia de amenaza<sup>93</sup>. No obstante, como este principio pudiera servir de base para la adopción de decisiones arbitrarias o infundadas, se insiste en la necesidad de su reconciliación con otros principios legales fundamentales como es el de proporcionalidad o equidad

<sup>92</sup> Hefendehl, R.: "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?. Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", trad. de E. Salazar Ortuño, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002, págs. 10-11; también, García Albero, R.: "La nueva...", en *ob. cit.*, págs. 11:11.

<sup>93</sup> Fisher, E.: "Precaution, Precaution Everywhere: Developing a 'common undersating' of the Precautionary Principle in the European Community", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 9, núm. 1, 2002, pág. 9).

<sup>94</sup>. En el ámbito doctrinal del Derecho penal, ha habido quien ha señalado que "la traslación del principio de precaución al Derecho penal es posible y conveniente, tanto desde una perspectiva dogmática como político criminal, como herramienta más adecuada para contener algunos de los excesos de la sociedad del riesgo" <sup>95</sup>. El problema es que mientras que la toma de decisiones en el ámbito medioambiental o en el de la salud pública tiene que enfrentar problemas que tienen que ver con los principios de equidad y no discriminación, en el Derecho penal, la utilización de este principio o la del principio de acumulación, por ejemplo, para la configuración y aplicación de los tipos penales tiene que superar las serias amenazas que, desde el punto de vista de los derechos individuales, plantea la gestión de riesgos provenientes de personas individuales <sup>96</sup>. Fundamentalmente, porque la toma de decisiones legales para la configuración de los tipos, con la vista puesta en la gestión de esos riesgos, está cuajada de presunciones *contra reo* a la hora de definir las fuentes que los originan.

### 3. Un elemento añadido: el análisis económico del delito

Finalmente, nada desdeñable es, en este sentido, aunque más referido al ámbito de las decisiones político-criminales de los EE.UU., la influencia académica de la escuela del análisis económico del Derecho, que puso de manifiesto la importancia, en los análisis del fenómeno de la delincuencia y de las estrategias para combatirla, de la perspectiva utilitaria acerca de los fines de la pena (prevención general intimidatoria) sobre cualquier otra consideración de orden moral y que se decantó claramente por dar preferencia a los análisis cuantitativos sobre los cualitativos, diseñando los modelos analíticos desde una perspectiva sistémica <sup>97</sup>. Sobradamente conocida es, por ejemplo, la tesis de Posner de que el Derecho penal debe estar orientado a prevenir transacciones forzosas fuera de las normas del mercado <sup>98</sup>, lo cual, obviamente, implica que quien delinque es un ser racional, ni enfermo ni desviado, con capacidad de elegir entre alternativas de comportamiento, unas que le satisfacen y otras que le desagradan, de modo que, al delinquir, un individuo lo hace a pesar de que tenía otras alternativas de comportamiento normal dentro del mercado. Por ello, la pena es un mecanismo de aportación de elementos de desagrado para el potencial delincuente, que deben contrarrestar los elementos de satisfacción que le produce el delito, para lograr que ese sujeto

<sup>94</sup>. Fischer, E.: "Precaution...", en *ob. cit.*, págs. 16-17.

<sup>95</sup>. Romeo Casabona, C.M.: "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en VV.AA.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología. Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pág. 104.

<sup>96</sup>. Así lo ha señalado, por ejemplo, Zedner, L.: "Neither Safe Nor Sound? The Perils and Possibilities of Risk", en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 48, núm. 3, 2006, pág. 428.

<sup>97</sup>. Véase, por todos, Becker, G.: "Crime and Punishment: An Economic Approach", en *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, págs. 168 y ss.; Soloman, H.: "Economists Perspectives on Economic Crime", en *American Criminal Law Review*, núm. 14, 1977, págs. 641 y ss.; Ehrlich, I.: "The Economic Approach to Law: A Preliminary Assesment", en Messinger, S.L. y Brittiner, E. (eds.): *Criminological Review Yearbook*, vol. I, Sage Publications, Beverly Hills, 1979, págs. 297 y ss.; Posner, R.: "An Economic Theory of the Criminal Law", en *Columbia Law Review*, vol. 85, núm. 6, 1985, págs. 1.193 y ss.; Shavell, S.: "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent", en *Columbia Law Review*, vol. 85, núm. 6, 1985, págs. 1.232 y ss.

<sup>98</sup>. Posner, R.: "An Economic...", en *ob. cit.*, pág. 1.195.

racional se decante hacia un comportamiento normal, integrado en las reglas del mercado<sup>99</sup>. Ese razonamiento, obviamente, hace completa abstracción de que hay amplios sectores de la población que tienen serias dificultades para acceder al mercado de trabajo o que no tienen a su alcance medios normales de subsistencia y otros a los que las propias normas (sociales y económicas) del mercado los condena a vivir en la marginalidad, *extra muros* del sistema<sup>100</sup>. Los recientes desarrollos de esta escuela tienden, ahora de forma descarnada, a enfatizar la necesidad de que la prevención general intimidatoria y la inocuización se combinen en un único modelo híbrido de atribución de fines a la pena, de modo que la prevención general se deberá tomar en consideración como fin de la pena para aquellos delincuentes que potencialmente pueden cometer delitos pero que aún no lo han hecho y la inocuización servirá como el fin de la pena para aquellos que ya han cometido un delito<sup>101</sup>.

#### D) La implantación de estrategias actuariales de control del riesgo

Todo lo anterior es terreno abonado para la puesta en marcha de estrategias actuariales de control del riesgo, otra de las características notables de cómo se construyen nuestros vigentes sistemas penales, descritas de la forma más completa y acabada por Feeley y Simon<sup>102</sup>, para quienes dichas estrategias han terminado por afectar a tres

<sup>99</sup>. Como explica Santos Pastor (*Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 169), uno de los presupuestos básicos, sobre los individuos, del análisis económico del Derecho, es que estos son "«racionales», en el estricto sentido estricto del término en economía, que intentan ampliar al máximo su bienestar dentro de las limitaciones en que se mueven; limitaciones de información, capacidad de toma de decisiones, conflicto con otros valores, etc. Esa racionalidad les lleva a responder de forma diferente en función de los estímulos, o incentivos, presentes en cada caso. Y esos incentivos pueden ser modificados por la política jurídica". De modo que "los individuos cometen actos ilícitos porque cometerlos compensa la insatisfacción que les acarrea hacerlo; en otras palabras: porque los beneficios que obtienen de su comisión son mayores que los costes, siendo beneficios y costes magnitudes de la más diversa índole (monetaria o no)".

<sup>100</sup>. Como han señalado Montero Soler y Torres López (*La economía del delito y de las penas*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 182-183), la realidad social está permanentemente inmersa en el conflicto distributivo y el Derecho, como pretende el análisis económico, no puede permanecer ajeno a ese conflicto. "La vinculación entre el análisis económico y los problemas jurídicos asumiendo como punto de partida la ideología del mercado se convierte así en una complicada simplificación, cuyo resultado no puede ser otro que el hacer mucho más difícil la descripción de lo evidente. Aunque de esa forma también se logra un objetivo importante: destinando el discurso a formalizar con fruición lo evidente, mientras que se soslayan los asuntos esenciales que verdaderamente dan sentido al Derecho y a la Economía --el conflicto distributivo que originan las condiciones de reparto desigual existentes-- se consigue, sin embargo, que queden ocultas las verdaderas evidencias: el poder asimétrico, la injusticia y la desigualdad de las que depende, en realidad, el bienestar social".

<sup>101</sup>. Así, Miceli, T.J.: "Deterrence and Incapacitation: Towards a Unified Theory of Criminal Procedure", en *Department of Economics Working Papers Series*, Working Paper 2009-11, University of Connecticut, marzo 2009, págs. 1 y ss.

<sup>102</sup>. A través de diversos trabajos publicados a lo largo de los últimos tres lustros. Así, Simon, J.: "The Ideological Effects of Actuarial Practices", en *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 4, 1988, págs. 771 y ss.; Feeley, M.M. y Simon, J.: "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications", en *Criminology*, vol. 30, núm. 4, 1992, págs. 449 y ss.; de los mismos: "Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law", en Nelken, D. (ed.): *The Futures of Criminology*, SAGE Publications, London-Thousands Oaks-New Delhi, 1994, págs. 173 y ss.; de los mismos: "The Forms and Limits of the New Penology", en Blomberg, T.G. y Cohen, S. (eds.): *Punishment and Social Control*, Enlarged Second Edition, Aldine de Gruyter, New York, 2003, págs. 75 y ss.

diferentes ámbitos: el lenguaje, los objetivos del sistema y las técnicas<sup>103</sup>. Efectivamente, en el ámbito de la política criminal ha emergido un nuevo discurso, en el que el lenguaje del cálculo probabilístico y de la distribución estadística aplicado a las poblaciones —el lenguaje actuarial, en suma— ha ido reemplazando, cada vez con más insistencia, al discurso del diagnóstico clínico y del juicio individual, propio de la *vieja penología*<sup>104</sup>. Obviamente, esta nueva penología es algo más que un discurso, pero el lenguaje explica, de forma sintomática, algunos cambios muy profundos en la filosofía que inspira las importantes modificaciones legales habidas en los últimos tiempos en los sistemas de determinación y aplicación de las penas. Es cierto que ese lenguaje y esos cambios han colonizado antes otros ámbitos del ordenamiento jurídico<sup>105</sup>, quizás porque en el Derecho penal la perspectiva de la imputación subjetiva está mucho más arraigada, pero no lo es menos que en los últimos tiempos ese lenguaje ha irrumpido en el ámbito de la política criminal, donde el interés, a la hora de adoptar decisiones, está más centrado en la identificación de categorías y subpoblaciones de riesgo que en la actuación sobre las personas individuales<sup>106 107</sup>. Pero el problema no radica sólo en esa

<sup>103</sup>. Feeley, M.M. y Simon, J.: "The New Penology...", en *ob. cit.*, pág. 450.

<sup>104</sup>. Como han señalado más recientemente (Simon, J. y Feeley, M.M.: "The Forms...", en *ob. cit.*, pág. 78), los discursos de la penología han ido variando desde el lenguaje de la religión y la economía hasta el de la psicología, el trabajo social o la sociología, que si bien son todos ellos diferentes, tienen en común ser discursos centrados, básicamente, en la idea del delito como un problema de relación entre el individuo y su comunidad. En la Nueva Penología, el discurso está anclado en el análisis de sistemas y la investigación operativa, de modo que el delito se concibe como un fenómeno sistémico y la política criminal como un problema de gestión actuarial del riesgo.

<sup>105</sup>. Citan por ejemplo Feeley y Simon cómo, en el ámbito del Derecho civil de daños, el sistema de responsabilidad objetiva está desplazando al sistema de responsabilidad por dolo o negligencia ("The New Penology...", en *ob. cit.*, pág. 453). En uno de los primeros trabajos en los que Simon le presta atención al fenómeno de la proliferación de técnicas actuariales en casi todos los ámbitos de la vida social, ya señaló agudamente que, siendo el Derecho una de las vías principales a través de las cuales se hacen esfuerzos sostenidos para gestionar problemas sociales, el éxito de los métodos actuariales para definir una nueva base ideológica para el gobierno de la vida social vendrá determinado por su habilidad para colonizar el discurso legal con sus representaciones ("The Ideological Effects...", en *ob. cit.*, pág. 775).

<sup>106</sup>. "The New Penology...", en *ob. cit.*, pág. 453. Como reconocen los propios Feeley y Simon (*ibidem*, pág. 453) y como han explicado de forma mucho más pormenorizada, por ejemplo, Silver y Miller ("A Cautionary Note on the Use of Actuarial Risk Assessment Tools for Social Control", en *Crime and Delinquency*, vol. 48, núm. 1, 2002, págs. 138), en una muy buena medida, el éxito del pensamiento actuarial ha venido determinado por el avance y la depuración de la metodología estadística, que ha permitido su aplicación a las instituciones de control social (instituciones penales, instituciones de salud mental), porque la predicción estadística, por ejemplo, en el ámbito de la predicción meteorológica (donde ésta alcanzó su desarrollo y éxitos más notables), ha permitido una gestión más eficiente de los recursos institucionales mediante la identificación anticipada de eventos considerados peligrosos, costosos o, en cualquier otro sentido, indeseables.

<sup>107</sup>. Para que se comprenda todo esto mejor, propondré un ejemplo. Las compañías de seguros, sobre la base del cálculo de las probabilidades de producción de un siniestro, identifican grupos de riesgo entre los conductores y, en consecuencia, fijan las primas a pagar por los asegurados. Por tanto, las compañías aseguradoras, para determinar la prima, no valoran las circunstancias particulares o el perfil individual del sujeto que, en concreto, quiere contratar una póliza, sino que identifican y gestionan grupos de riesgo sobre la base de complejas operaciones estadísticas y, hecho ello, determinan la prima. De esta forma, nada puede hacer un joven, menor de 26 ó 27 años, para demostrar que su póliza de seguros debe de ser más económica, por ser un conductor especialmente experto o con una personalidad especialmente propensa a una conducción segura. Con lo cual, este joven termina pagando, en su prima, la cuota de riesgo que genera, quiera él o no, su grupo de población. Algo así ocurre ahora, por ejemplo, con las propuestas de modificación de los delitos y de las penas previstas para determinados grupos de infractores, como lo pueden ser los realizan conductas en contra de la seguridad vial. Por ejemplo, se castiga a todos los que conducen sin el correspondiente permiso de conducir, asumiendo que todos representan un mismo peligro para el tráfico rodado; es decir, se da por hecho que los conductores que conducen sin permiso no son

orientación hacia las grandes cuantificaciones, sino en que todo ello es consecuencia de que, en el ámbito de la política criminal, se haya instalado una lógica sistémica y una racionalidad formal, en la que la preocupación fundamental no es ampliar la capacidad del sistema para rehabilitar delincuentes o controlar la criminalidad, sino en definir el *sistema de justicia criminal* como tal <sup>108</sup>. El tránsito desde un *no sistema*, es decir, de una conglomerado de instituciones sociales autónomas, a un *sistema* de justicia criminal tiene mucho que ver, según explican estos autores <sup>109</sup>, con el interés del gobierno federal de los EE.UU., en los años sesenta del pasado siglo, por *domesticar* <sup>110</sup> un aparato policial y de justicia penal y penitenciaria, ineficaz por descoordinado, arbitrario y reaccionario en materia de derechos civiles, reduciendo la arbitrariedad policial y la discrecionalidad judicial y penitenciaria, y sometiendo todo el ámbito de las decisiones que se adoptan en los distintos procedimientos (policial, judicial y penitenciario) a una similar estructura, reglas y procedimiento de supervisión. Se trataba, en suma, de inculcar a los operadores y agentes de los aparatos policial, judicial y penitenciario que pensarán en términos de *sistema*, es decir, de conjunto de elementos que forman parte de un todo, y, de esa forma, coordinar mejor las funciones de cada cual en el funcionamiento del todo. Además, se trataba, por una parte, de someter la actuación policial a reglas más estrictas del *due process* y del respeto a los derechos civiles y, por otra, de reducir la influencia e intervención de los profesionales de las ciencias sociales en las decisiones que se adoptaban, tanto a la hora de dictar las sentencias judiciales, como a la hora de tomar otras decisiones en el ámbito de la ejecución penal (*parole, probation*, etc.), restringiendo los niveles de discreción y disparidad judicial. Paradójicamente, aparte de un severo incremento de la delincuencia que forzó al gobierno federal a tomar decididas cartas en el asunto, uno de los principales motores de este trascendental giro, en el ámbito de la política criminal, lo fue la llamada *due process revolution*, impulsa-

personas individuales sino agregados estadísticos de un colectivo (el de los conductores que circulan sin permiso) y, por lo tanto, se acepta, sin dudar, que todos son iguales y que sus infracciones representan el mismo nivel de riesgo. De este modo, castigando a todos por igual, no estamos castigando a un individuo por lo que él ha hecho, sino por lo que se considera que siempre hacen los individuos de su grupo poblacional de riesgo.

<sup>108</sup>. "The New Penology...", en *ob. cit.*, págs. 452-454.

<sup>109</sup>. Simon, J. y Feeley, M.M.: "The Forms...", *ob. cit.*, págs. 91 y ss. El punto de partida de esta nueva mentalidad, a la hora de adoptar las decisiones de la política criminal, lo sitúan Simon y Feeley los informes de la Comisión Presidencial para la Aplicación de la Ley y la Justicia Criminal (*President's Commission on Law Enforcement and Criminal Justice*), establecida en el año 1965, y que en el año 1967 publicó una serie de informes finales. Al mismo tiempo, en el año 1968, y a través de la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968, se creó la Agencia de Asistencia para la Aplicación de la Ley (*Law Enforcement Assistance Administration*), que gestionaba los fondos federales para las autoridades y agencias estatales y locales del ámbito de la justicia criminal, sometiendo la concesión de fondos y ayudas al cumplimiento de las directrices marcadas por las recomendaciones contenidas en dichos informes (*ibidem*, nota 9, pág. 109). No se puede perder de vista que la dirección del Grupo de Trabajo de Ciencia y Tecnología de la Comisión, el equipo científico que iba a elaborar su principal informe, *The Challenge of Crime in a Free Society* (año 1967), un documento que condicionó las agendas de la política criminal norteamericana por décadas, estuvo a cargo de Alfred Blusstein, un teórico fundamental de la aplicación de la teoría de sistemas a los problemas sociales, "quien aportó su enfebrecido entusiasmo respecto de la extendida aplicación del análisis de sistemas en operaciones militares, sistemas económicos y gobierno" [Brown, M.: "The New Penology in a Critical Context", en DeKeseredy, W.S. y Perry, B. (eds.): *Advancing Critical Criminology: Theory and Application*, Lanham, MD, 2006, pág. 104].

<sup>110</sup>. En expresión de Walker, S.: *Taming the System: The Control of Discretion in Criminal Justice 1950-1990*, Oxford University Press, New York, 1993.

da por una jurisprudencia muy progresista en materia de derechos civiles, durante los años sesenta, por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU., bajo la presidencia del juez Earl Warren. Pero, al mismo tiempo, y según Feeley y Simon<sup>111</sup>, el efecto añadido que esa nueva orientación produjo fue la paulatina sustitución de un proceso criminal individualizado por un sistema actuarial, en el que la sociología, como método de referencia para el análisis, dio paso al método propio de la investigación operativa, en el que el lenguaje de los derechos fue sustituido por el lenguaje de la gerencia administrativa y el lenguaje del trabajo social fue reemplazado por el lenguaje de los organigramas<sup>112</sup>.

En segundo lugar, se han definido nuevos objetivos para ese sistema, que no son simplemente objetivos novedosos, sino objetivos definidos en clave sistémica, de modo que la atención prioritaria se orienta hacia la gestión del riesgo y el control eficiente de los procesos *internos* del sistema<sup>113</sup>, pasando a un segundo plano la consecución de objetivos *externos* tradicionales tales como la rehabilitación y el control del delito. No es que estos últimos no sigan teniendo un lugar en el sistema, pero la sensación de que se pretende perseguir objetivos sociales externos se atenúa notablemente, de forma que "la desviación se da por descontada, se apagan las aspiraciones de reforma individual y lo que se busca es clasificar, seleccionar y gestionar grupos peligrosos eficientemente"

<sup>111</sup>. "The Forms...", en *ob. cit.*, págs. 91-92.

<sup>112</sup>. Simon, J. y Feeley, M.M.: "The Forms...", *ob. cit.*, págs. 91-92. Hay que tener presente, por lo que al ámbito de la ejecución penitenciaria de la pena de prisión se refiere, que desde finales de los años diez del pasado siglo y hasta comienzos de los años setenta, el sistema que estaba vigente en la mayoría de los Estados de los EE.UU. era el de la sentencia indeterminada. Este sistema, en los años sesenta, se convirtió, a los ojos de los sectores más progresistas, en el responsable de todos los males que provocaban una deplorable situación penitenciaria y comenzó a ser objeto de fuertes críticas, que trataban de poner en evidencia, por una parte, su incapacidad para cumplir con los fines a los que pretendidamente estaba destinado y, por otra, las disparidades, inseguridades e injusticias que, a la hora de la individualización de la pena, éste provocaba. Por supuesto que a estas críticas se sumaron las objeciones morales e ideológicas que, desde siempre, había planteado el modelo del ideal rehabilitador. Lo más curioso es que en este rechazo del modelo de la sentencia indeterminada y de la filosofía que lo inspiraba coincidieron tanto los integrantes de las asociaciones más progresistas, incluido el *Prisoners' Union* (sindicato de reclusos) como los impulsores de los movimientos más reaccionarios y ultraconservadores. Estos últimos, más preocupados por el control del fenómeno delincuente y el efecto intimidatorio (puro) de la pena que por las injusticias del sistema, veían en el abandono del modelo legal de la sentencia indeterminada y su sustitución por otro de sentencia determinada, una buena oportunidad para endurecer las penas y lograr que éstas se cumplieran íntegramente, mientras que aquéllos anhelaban su desaparición por lo arbitrario e incierto que el mismo era, deseando la instauración de un sistema en el que las reglas del juego estuvieran más claramente fijadas de antemano. En concreto, los autores e integrantes de las corrientes más liberales se lanzaron a exigir la sustitución del modelo resocializador por el que ellos denominaban un *justice model* (modelo de justicia equitativa) o, simplemente, *retribution model* (modelo retributivo). Como explicó, en su momento, Bottoms, para este grupo su "grito de guerra" se concretaba de la siguiente manera: "Si no es posible garantizar la resocialización y si ésta, a menudo, ha producido injusticias, déjense, al menos, poder contar con algo de justicia. (...) La justicia, en este contexto, significó, ante todo y sobre todo, la *supresión de la discrecionalidad arbitraria* en los órganos de decisión, de tal manera que el efecto práctico más importante del modelo de justicia han sido los ataques dirigidos contra la disparidad en las sentencias judiciales y en las concesiones de la *parole*, y la presión en contra de las penas flexibles para los delitos específicos. En algunos movimientos radicales de reclusos, este modelo se ha expresado a través del slogan: '*the right to punishment*' (el derecho al castigo); es decir, el derecho a ser liberado tan pronto como se haya cumplido una sentencia justa y el derecho a cumplir la sentencia sin interferencias de psiquiatras y asistentes sociales si no se quiere" [Bottoms, A.E., en Bottoms, A.E. y Preston, R.H. (eds.): *The Coming Penal Crisis: A Criminological and Theological Exploration*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1980, pág. 10].

<sup>113</sup>. Simon, J. y Feeley, M.M.: "The Forms...", *ob. cit.*, pág. 79.



114

Finalmente, en tercer lugar, en el ámbito de la política criminal se están generando nuevas técnicas de gestión<sup>115</sup>, que está dando lugar al desarrollo de nuevas técnicas de definición y predicción de los riesgos y de nuevas técnicas y métodos de control de los mismos, lo que implica la provisión de nuevas formas de detención e inocuización, variables en duración e intensidad en función de la cantidad de riesgo a prevenir, sin necesidad de modificar el comportamiento del delincuente ni el contexto social. La propia pena privativa de libertad ha variado su concepción hacia la inocuización selectiva, de modo que si no es capaz de rehabilitar o modificar las conductas, su duración dependerá, en función de los que nos diga la valoración del riesgo de reincidencia, del tiempo que se quiera dilatar su puesta en libertad para retrasar la oportunidad de que el sujeto, una vez fuera, vuelva a delinquir. De esta forma, es indudable que se consiguen variaciones sustanciales en los índices de criminalidad<sup>116</sup>.

De todas formas, Feeley y Simon advierten que el pensamiento actuarial o la justicia actuarial no es, en sí mismo, una ideología en el estricto sentido de conjunto de creencias e ideas que determinan un actuar, sino que, en realidad, implica una determinada forma de concebir y hablar sobre la política criminal: "implica determinadas prácticas, pero no es reducible a una específica tecnología o conjunto de comportamientos", es, aunque nebulosa, realmente, "poderosa y significativa precisamente porque carece de una bien articulada ideología e identificación con una específica

<sup>114</sup>. Feeley, M.M. y Simon, J.: "The New Penology....", en *ob. cit.*, pág. 455-456. Ponen, Feeley y Simon, el ejemplo de cómo se valoran ahora los índices de reincidencia, indicador que antaño era una especie de clave de bóveda o indicador universal para valorar el éxito o el fracaso de un sistema penal, en relación con la consecución de objetivos sociales externos, de modo que a mayor índice de reincidencia mayor fracaso y viceversa. Ahora, sin embargo, cuando los sometidos a *probation* y a la *parole* ingresan o reingresan en prisión, como consecuencia de haber cometido un delito, ello no es un indicador del fracaso del funcionamiento de ambas instituciones, sino un indicador de éxito, en términos de haberse logrado un control eficaz y efectivo de los sometidos a supervisión a través de alguna de ambas instituciones y en términos de que los supervisores han hecho su trabajo. Probablemente, como ellos mismos afirman, también hay en ello un intento, por parte de los responsables del sistema, de eludir las responsabilidades por lo que no es sino un fracaso institucional, pero no cabe duda que, sobre todo, hay un cambio de concepción en los objetivos del sistema, que ahora se definen en términos de control y gestión de los procesos internos del propio sistema (*ibidem*, pág. 455). Sin duda alguna, "esta racionalidad tecnocrática tiende a proteger a las instituciones de las demandas, desordenadas y difíciles de controlar, que provienen del mundo social", de modo que, "limitando su exposición a indicadores que pueden controlar, los gestores se aseguran de que sus problemas tienen solución". A largo plazo, sin embargo, esta "forma de operar del sistema tiene sólo una conexión atenuada con los objetivos *sociales* del castigo" y "hace que sea más difícil de evaluar críticamente una institución cuando no hay referencias substantivas a fines sociales" (*ibidem*, págs. 456-457).

<sup>115</sup>. Que tienen mucho que ver con las implantadas por el movimiento de la Nueva Gestión Pública (*New Public Management*), del que el ámbito de la justicia criminal se ha visto considerablemente aislado. El NPM es, en realidad, un conjunto de técnicas y principios gerenciales, surgidos desde el ámbito privado, que ha intentado desplazar al modelo burocrático weberiano, pero que no parece ser un cuerpo coherente y sistemático de ideas y principios. Como ha señalado Hood ("The New Public Management in the 1990s: Variations on a Theme", en *Accounting, Organizations and Society*, vol. 20, nums. 2/3, 1995, pág. 94), el término NPM ha sido acuñado por la necesidad de rotular las diferentes iniciativas que, en forma global y con parecida orientación, se estaban produciendo en diferentes países en momentos históricos similares. Al respecto, con más detalle, véase, García Sánchez, I.M.: "La nueva gestión pública: evolución y tendencias", en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 47, 2007, págs. 37 y ss. En cualquier caso, hay algunos autores que ya dan por fenecido ese "modelo", fundamentalmente por su incapacidad para conseguir los logros prometidos; así, Dreschels, W.: "The Rise and Demise of the New Public Management", en *Post-Autistic Economics Review*, vol. 33, 2005, págs. 17 y ss.

<sup>116</sup>. Feeley, M.M. y Simon, J.: "The New Penology....", en *ob. cit.*, págs. 457-458.

tecnología", de modo que su "propio amorfismo contribuye a su poder" <sup>117</sup>. Por ello, el pensamiento actuarial está sutilmente presente en determinadas prácticas y discursos, que están logrando dar forma a este emergente fenómeno, aún no completamente consolidado <sup>118</sup>. Así, por ejemplo, la institucionalización del pensamiento actuarial tiene una de sus manifestaciones más explícitas en el contexto de una pena de prisión utilizada con meros fines de inocuización <sup>119</sup>, porque la inocuización garantiza la *reducción* de los efectos del delito sobre la sociedad sin alterar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente, simplemente, mediante la reubicación espacial de los delincuentes en la sociedad. Si la prisión no sirve para otra cosa, reclama la teoría inocuizadora, al menos puede detener delincuentes por mucho tiempo y, de esta forma, demorar su reincorporación a la actividad delictiva <sup>120</sup>. El pensamiento actuarial despliega aquí toda su eficacia porque, entonces, la duración de las penas y de las condenas de prisión no deberá depender de la naturaleza del delito o de la personalidad del delincuente, sino del riesgo de reincidencia en el delito; cuanto mayor es el riesgo, más duración ha de tener la pena y la condena, de modo que de lo que se trata, fundamentalmente, a la hora de crear o imponer penas es de identificar grupos de riesgo y de definir, en cada caso particular, si el sujeto, en cuestión, pertenece o no a ese grupo de riesgo. Esta lógica está, igualmente, presente en las decisiones sobre la prisión preventiva, para cuyo establecimiento se tienen en consideración categorías preseleccionadas de información sobre el arrestado, que se procesan a través de algoritmos colectivos. Con el tiempo, las variables de predicción, que se limitaban a valorar el riesgo de incomparecencia juicio, han ido introduciendo variables que tienen que ver y también valoran la peligrosidad del sujeto o los positivos a test de drogas <sup>121</sup>.

El pensamiento actuarial es, por lo tanto, y fundamentalmente, una forma de ejercer el poder, en la que los individuos dejan de ser contemplados como sujetos morales o racionales para pasar a ser *sujetos actuariales*, es decir, meras posiciones en tablas actuariales de variables <sup>122</sup>, lo cual evidencia el crecimiento de la estabilidad y confianza en el poder, consecuencia de los profundos cambios en la vida económica, que hace

<sup>117</sup>. Feeley, M. y Simon, J.: "Actuarial Justice...", en *ob. cit.*, pág. 174.

<sup>118</sup>. Como más recientemente han señalado (Simon, J. y Feeley, M.M.: "The Forms...", *ob. cit.*, págs. 77, *in fine*, y 78), el pensamiento actuarial implica un cambio en la manera cómo el crimen es gobernado; esto es, en la manera en cómo es analizado y en cómo se actúa sobre él.

<sup>119</sup>. Modelo que, en su opinión, es probablemente, hoy por hoy, el predominante (Feeley, M. y Simon, J.: "Actuarial Justice...", en *ob. cit.*, pág. 174). Más recientemente, han puesto de relieve estos autores que el pensamiento actuarial es perfectamente compatible con unos sistemas penales que, en los últimos tiempos, han extendido los mecanismos de control punitivo extraordinariamente, en los que la creación y aplicación de las penas obedece más a impulsos no racionales de retribución y venganza que a mecanismos de gestión racional y tecnocrática del riesgo. Porque cuando el Estado y los operadores privados se ven enfrentados a la necesidad de gobernar el delito de nuevas y más eficaces formas, "recurren a tecnologías, discursos y pericias que se parecen y suenan mucho como la nueva penología" ("The Forms...", en *ob. cit.*, pág. 78).

<sup>120</sup>. Feeley, M. y Simon, J.: "Actuarial Justice...", en *ob. cit.*, pág. 174.

<sup>121</sup>. Feeley, M. y Simon, J.: "Actuarial Justice...", en *ob. cit.*, págs. 175-177. Citan estos autores, también, la elaboración de los llamados "perfiles del correo de la droga" para propósitos de vigilancia y control en aeropuertos o en otros medios de transporte, que tienen en cuenta variables tales como la ciudad de procedencia del vuelo en el que viajaba el sujeto, su tipo de equipaje, su actitud nerviosa y otros factores que han justificado, ante los tribunales, tales vigilancias y controles (*ibidem*, pág. 177).

<sup>122</sup>. Simon, J.: "The Ideological Effects...", en *ob. cit.*, pág. 772.

que la movilización de las fuerzas laborales sea menos intensa de lo que fue en las crecientes sociedades industriales; en nuestras circunstancias presentes, es más barato conocer y planificar sobre las debilidades de la gente que intentar normalizarla. Esa forma de ejercer el poder persigue y la prevención y minimización del riesgo, pero no a través de la evitación de los comportamientos prohibidos, sino mediante la reducción de las oportunidades y de la seriedad de la delincuencia <sup>123</sup>.

En España, los ámbitos donde esta influencia se puede ver con más claridad es en la regulación de los delitos relativos a la violencia de género <sup>124</sup> y en la de los delitos relativos a la seguridad vial. En relación con los delitos relativos a la violencia de género, la conversión en delito de la falta de lesiones (artículo 153.1), de la falta de malos tratos de obra (artículo 153.1), de las amenazas leves (artículo 171.4) y de las coacciones leves (artículo 172.2), cuando la víctima haya sido o sea la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, sumado a todas las consecuencias que, en el ámbito penológico y proce-

<sup>123</sup>. Simon, J.: "The Ideological Effects...", en *ob. cit.*, pág. 774. En términos bastante similares a Feeley y Simon, se ha expresado Bottoms ("The Philosophy..." en *ob. cit.*, pág. 18), al señalar que el *gerencialismo*, junto con otros, uno de los rasgos definitorios de los sistemas penales contemporáneos. El *gerencialismo*, concepto que advierte Bottoms utiliza en sentido descriptivo, no necesariamente peyorativo, tiene tres dimensiones distintas, aunque estrechamente relacionadas: es *sistémico*, es *consumidorista* y es *actuarial*. Es *sistémico* porque implica una visión del ámbito de la justicia penal que lo contempla, no como una mera colección de diferentes partes, sino como un todo, como un sistema integral, el *sistema de la justicia criminal*, que requiere la cooperación entre las diferentes agencias y agentes implicados, la definición de planes estratégicos globales de política criminal en los que cada agencia o agente implicado debe de desarrollar su misión para el cumplimiento de los objetivos diseñados en el plan, la determinación de los indicadores de evaluación del funcionamiento de cada agencia o agente, en orden a que se pueda medir su eficacia y eficiencia, y la recopilación y el análisis de la información sobre el sistema y su funcionamiento, en orden a valorar y corregir el cumplimiento de los objetivos. Con ello, se le termina por dar una importancia preferente al control de los procesos internos del sistema sobre la consecución de objetivos tradicionales *externos* tales como la reducción de los índices de reincidencia. Además, los delincuentes son contemplados como un conjunto, no como personas individuales, pasando a ser meras unidades estadísticas dentro del entramado de las decisiones políticas (*ibidem*, págs. 24-31). El *consumidorismo*, consecuencia de algunas de las características sistémicas reseñadas, significa que, en ocasiones, la gestión de los servicios del sistema de justicia criminal valora su eficacia y eficiencia sobre indicadores que tienen que ver con el nivel de satisfacción de aquellos en favor de quienes se presta el servicio. De modo que, al igual que en el caso de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado, la eficiencia y la eficacia tiene, como indicador esencial, el nivel de satisfacción del consumidor (la sociedad), cliente del producto o servicio. Normalmente, esta dimensión, menos presente que la sistémica, se utiliza por los gestores de determinadas instituciones penales como respuesta a las demandas de mayor racionalidad en la prestación del servicio por parte de los tribunales o de los cuerpos legislativos, gestores a los que acreditar buenos niveles de satisfacción de los usuarios del servicio les presenta como eficaces, en unos tiempos en los que, a pesar de todo, hay una mayor sensibilidad hacia el respeto por los derechos individuales. La dimensión *consumidorista* del gerencialismo implica una diferente visión del individuo a la sustentada por la dimensión *sistémica*, porque asume que el individuo no es una simple unidad estadística sino alguien con capacidad de valorar si el servicio se está prestando correctamente. De modo que el gerencialismo es un enfoque global que contiene estas dos dimensiones, que se van implementando de forma diferente en, también, diferentes ocasiones. Finalmente, que el gerencialismo sea *actuarial* significa que en las políticas de determinación y aplicación de la pena, el lenguaje actuarial del cálculo de probabilidades tiene una importancia notable, de modo que parte de sus innovaciones están basadas en las predicciones sobre comportamientos de peligrosidad futuros y el control y reducción de esas probabilidades. Todo ello provoca, inevitablemente, que las apelaciones a las tradicionales respuestas políticas o morales a los fenómenos criminales se vean oscurecidas por la invocación a técnicas de intervención basadas en enfoques de naturaleza actuarial (*ibidem*, págs. 32-33).

<sup>124</sup>. Recientemente, a cómo el pensamiento actuarial ha inspirado las reformas penales en el ámbito de la violencia de género, se ha referido Faraldo Cabana, P.: "Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género", en Muñoz Conde, F. (dir.): *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 737 y ss.

sal, ello lleva aparejado (artículos 57.2; 83.1, 6ª, párrafo segundo; 84.3; y 88.1, párrafo tercero, del Código penal; artículos 544 bis; 544 ter; 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es la más palmaria expresión de la decidida voluntad del legislador de controlar los riesgos que, para las víctimas mujeres, provienen de un grupo del grupo de población que se definiría como "*el de los hombres (cónyuges o parejas) que las agreden como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder sobre ellas mujeres*". El problema es que, tal y como están diseñados en el Código penal los preceptos en cuestión, en el momento en que existe la agresión, la amenaza o la coacción, la pertenencia del hombre a ese grupo de población que hay que someter a castigo, por peligrosa, se presume, salvo que sea capaz de demostrar que, en realidad, esa agresión ha sido manifestación de una motivación o relación personal distinta a la que expresa la Ley Orgánica 1/2004, lo cual, por otra parte, es harto excepcional y difícil de acreditar<sup>125</sup>. De modo que la carga coactiva de la pena nada tiene que ver con el daño causado a la víctima, o con el grado de lesión del bien jurídico, o con el grado de culpabilidad o reprochabilidad del sujeto, sino con

<sup>125</sup>. Los excesos del legislador penal en la tipificación y en la asignación de carga punitiva a estas conductas ha generado una jurisprudencia reductora del ámbito de relevancia penal que es marcadamente arbitraria y genera una enorme inseguridad jurídica. Ejemplo de ello lo es, entre otras, la sentencia nº 791/2007, de 12 de septiembre, de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, en su Fundamento Jurídico Segundo, entre otras cosas, señala "*que lo que se protege con el tipo de violencia doméstica es la preservación del ámbito familiar que ha de estar presidido por el respeto mutuo y la igualdad, o dicho con otras palabras, la paz familiar, debiendo sancionarse todos aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir ese ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque nada define mejor los malos tratos en el ámbito doméstico que la situación de dominio y de poder de una persona sobre otra de las referidas el art. 173.2, por remisión del propio art. 153 del CP (del hombre sobre la mujer o en el caso de violencia doméstica de un miembro de la familia sobre otro). No es ésta la situación que ahora examinamos, puesto que se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea (no meramente defensivo) que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de ellos contra el otro en el marco de una situación de dominio discriminatoria para el ofendido, por lo que castigar conductas como la declarada probada por la vía del art. 153 del CP, con la pluspunición que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del Legislador, puesto que las referidas conductas no lesionaron el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger, sobre todo teniendo en cuenta que las lesiones padecidas por ambos fueron leves, sin precisar tratamiento médico, por lo que no indican una desproporción de la fuerza física empleada por cada uno de ellos, sino un resultado previsible y acorde con la pelea en la que se enzarzaron voluntariamente*". Por ello, la Sala entiende que los hechos cometidos en el caso de autos no son constitutivos del delito del artículo 153.2 y 3 del Código penal, sino constitutivos de una falta de lesiones del art. 617.1 del mismo texto legal. La sentencia, como otras muchas similares, que van, además, en la línea de lo que ha resuelto el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 59/2008, parece fundamentarse en una interpretación absolutamente libre (aunque pretendidamente teleológica) del precepto legal que deja abiertas infinitas preguntas sobre cuáles son los límites, realmente, del tipo legal. No se sabe, por ejemplo, si es que se está negando la imputación objetiva del resultado por quedar fuera del ámbito de protección de la norma (expediente al que es discutible recurrir) o cuál es la función, en relación con el tipo penal, del artículo 1 de la LO 1/2004 (¿es la *ratio legis*? en cuyo caso no tendría por qué vincular al juez; ¿es el bien jurídico?, aunque en este caso se podría preguntar cuál es ese bien jurídico que se define en el artículo 1 de la LO 1/2004). Por otra parte, es harto discutible que se pueda aplicar el artículo 617.1 cuando se ha producido lesión porque este exige, para su aplicación, que la lesión causada no esté definida como delito en el Código penal, y ese no es el caso. Por otra parte, aún aceptando la lógica jurídica de la sentencia, ¿qué cantidad de violencia se ha de ejercer y recibir para que se considere que los contendientes estaban en plano de igualdad y para que no se aplique, entonces, el artículo 153.2? ¿cuando la mujer se defiende físicamente de la agresión, ya desaparece, entonces, la violencia de género? ¿si la mujer provoca la agresión pero no se defiende, aun pudiendo, sí es, sin embargo, violencia de género? Y así se podrían seguir formulando interrogantes que no hacen sino poner de manifiesto la enorme inseguridad jurídica que genera esa especie de *uso alternativo del Derecho* que hace la sentencia.

una pertenencia a ese grupo de población (peligrosa), definido por el artículo 1 de la Ley Orgánica, que hay que controlar, con lo cual, en última instancia, el sujeto está recibiendo una *cantidad de respuesta penal*, no en función de lo que ha hecho, sino en función de lo que ha hecho, o lleva tiempo haciendo, su grupo de población. Lo más curioso del caso es que esta perspectiva actuarial ha sido confirmada y validada por el Tribunal Constitucional cuando, en la reciente sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo (BOE nº 135 suplemento, de 4 de junio), bendice la validez constitucional del artículo 153.1 del Código penal, en la redacción dada al mismo por el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004, y donde, por lo tanto, se rechaza que dicho precepto vulnere el contenido esencial de los artículos 10, 14 y 24.2 de la Constitución española. Es especialmente significativo, en este sentido, el razonamiento que utiliza el Tribunal Constitucional, cuando, en relación a la diferenciación introducida por el tipo del artículo 153.1, en comparación con el artículo 153.2, ambos del Código penal, por razón del sujeto pasivo (mujer en un determinado ámbito relacional), señala que aquél "encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas", como lo demuestran *"las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja"*, de modo que *"esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena"*. [Fundamento Jurídico 9, a) (el subrayado es mío)]. En resumen, la frecuencia de lo que han hecho otros debe de incidir en la pena que se me impone a mí, simplemente porque tengo el mismo perfil que esos otros. El argumento es diabólico y si se extendiera a todos los ámbitos de relevancia penal se terminarían por disolver gran parte de los principios penales que tan costosamente se han ido elaborando a través de siglos de evolución (presunción de inocencia, culpabilidad, ofensividad, proporcionalidad).

Otro tanto ocurre con los delitos relativos a la seguridad vial, en donde hasta la terminología justificativa de la reforma que se utiliza es abiertamente actuarial. Efectivamente, como quiera que en las causas de los accidentes de tráfico se ha detectado una incidencia notoria de la velocidad inadecuada o del consumo de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, o de la falta de apego a las normas de los conductores, por ejemplo, conduciendo vehículos cuando han sido privados, judicial o administrativamente, del permiso de conducir, o cuando nunca lo han tenido, la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2007 (Preámbulo) persigue, entre otras cosas, "incrementar el *control sobre el riesgo tolerable* por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad *que se han de tener por peligrosos* o de niveles de ingesta alcohólica *que hayan de merecer* la misma consideración". Una vez más, si se conduce por encima de una determinada y tasada velocidad (artículo 379.1), o se conduce con un determinado y tasado índice de alcohol en sangre (artículo 379.2), o se conduce sin licencia, ya sea por haberse perdido la vigencia de la misma por pérdida total de los puntos, o por haber sido cautelado o definitivamente privado del mismo por decisión judicial, o por no haberla tenido nunca (artículo 384), se castiga al individuo por su pertenencia al grupo

de peligro de "*los conductores que causan accidentes de tráfico*", por más que no se pueda acreditar que su conducta haya ocasionado el más mínimo peligro a bienes de terceros o a la seguridad vial.

Finalmente, añadiré que la creación de la nueva pena accesoria de libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 14 de noviembre de 2008, es quizás una de las máximas expresiones de este nuevo pensamiento actuarial, porque representa, de forma paradigmática, a ese *continuum custodial* en la intervención penal al que se refirieron, en su momento, Feeley y Simon<sup>126</sup>.

### E) El populismo penal, la víctima como nuevo icono y la implicación de la comunidad en el diseño y ejecución de las políticas criminales

Ha señalado Matthews<sup>127</sup> que existe un amplísimo consenso en considerar que la reciente política del control del delito está dominada por una mentalidad punitiva, si bien, para algunos autores, este punitivismo está estimulado, "de abajo a arriba", por una irritada y ansiosa opinión pública y, para otros, está generado "de arriba a abajo", por políticos ambiciosos y manipuladores que juegan con los sentimientos de pánico y las ansiedades de sus ciudadanos para conseguir demandas de un mayor rigor contra la delincuencia y aumentar, así, sus expectativas electorales. De modo que esa referencia al *punitivismo*, que ya se ha subrayado, se suele completar con el calificativo de *populista*, en expresión utilizada, por primera vez, por Anthony Bottoms, quien se refiere a dicho fenómeno —el del *populismo punitivo*— para explicar un endurecimiento generalizado de las sanciones en los sistemas penales contemporáneos, por parte de los responsables de las políticas criminales, que pueden responder a alguna de estas tres razones: primera, porque se piense que ello tendrá un efecto de reducción de las cifras de delincuencia, a través del efecto preventivo general de las penas y/o a través de la inocuización del delincuente; segunda, porque se piense que ello puede contribuir a reforzar el consenso moral social en contra de cierto tipo de actividades criminales; y, tercera, porque se piense que ello pueda satisfacer ciertas demandas del cuerpo electoral<sup>128</sup>. Al *populismo punitivo* o, en su versión terminológica posterior, al *populismo penal*, como rasgo definidor de las recientes políticas de control del delito, se han referido infinidad de autores<sup>129</sup>. Por regla general, estos autores lo suelen definir como

<sup>126</sup>. Feeley, M.M. y Simon, J.: "The New Penology...", en *ob. cit.*, pág. 459.

<sup>127</sup>. Matthews, R.: "The Myth...", en *ob. cit.*, págs. 175-176.

<sup>128</sup>. "The Philosophy...", en *ob. cit.*, pág. 39.

<sup>129</sup>. En la literatura en lengua inglesa, véase, Newburn, T.: "Youth, Crime, and Justice", en Maguire, M., Morgan, R. y Reiner, R. (eds.): *The Oxford Handbook of Criminology*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1997, págs. 575 y ss.; del mismo: *Criminology*, Willan Publishing, Cullompton, Devon, 2007, págs. 14-16; Roberts, J.V., Stalans, L.J., Indermaur, D. y Hough, M.: *Penal Populism...*, *ob. cit.*; Ryan, M.: *Penal Policy and Political Culture in England and Wales*, Waterside Press, Winchester, 2003; Tonry, M.: *Punishment and Politics: Evidence and Emulation in the Making of English Crime Control Policy*, Willan Publishing, Cullompton, 2004; Newburn, T. y Jones, T.: "Symbolic Politics and Penal Populism: The Long Shadow of Willie Horton", en *Crime, Media, Culture*, vol. 1, núm. 1, 2005, págs. 72 y ss.; Pratt, J. y Clark, M.: "Penal populism in New Zealand", en *Punishment and Society*, vol. 7, núm. 3, 2005, págs. 303 y ss.; Hutton, B.: "Beyond...?", en *ob. cit.*, págs. 243 y ss.; Daems, T.: "Engaging with Penal Populism. The Case of France", en *Punishment and Society*, vol. 9, núm. 3, 2007, págs. 319 y ss.; Pratt, J.: *Penal...*, *ob. cit.*; Campbell, L.: "Criminal Justice and Penal Populism in Ireland", en



el fenómeno consistente en tomar las decisiones de la política criminal sobre la base de las demandas que nacen de la experiencia cotidiana, de las percepciones y de los sentimientos del pueblo, haciendo, entonces, que esas opiniones, o, si se prefiere, que esa *opinión pública*, sea la fuente del nuevo conocimiento penal y de la ley penal, sin que puedan intermediar reflexivamente, entre esas demandas (fruto de esos sentimientos y emociones) y las decisiones políticas, los expertos, cuyas opiniones, además, parecen estar ahora desacreditadas. De esta forma, las fuerzas políticas pueden establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del Derecho penal, recolectando los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa suministra <sup>130</sup>. Así las cosas, el populismo penal lo fomentaría la voluntad de unos políticos ambiciosos, ávidos de votos, que, primero, explotarían los miedos e inseguridades del público y, después, recogerían sus demandas como forma de garantizarles, al pueblo, más seguridad y, a ellos, el acceso o la permanencia en el poder. En este tipo de análisis, el populismo penal sería un fenómeno cierto y real, que condiciona las decisiones de la política criminal y contribuye a potenciar el componente simbólico de muchas de ellas <sup>131</sup>, pero de naturaleza coyuntural y contingente y, por lo mismo, susceptible de ser corregido en cuanto esa fuera la voluntad de los mismos políticos que lo propician <sup>132</sup>.

No obstante, desde otro punto de vista y esgrimiendo una versión optimista del populismo, también ha habido quien, como Matthews <sup>133</sup>, ha señalado que éste no tiene por qué conllevar, necesariamente, una connotación peyorativa, porque puede ser una forma de movilización política que contribuya a legitimar y dar soporte a políticas progresistas, poniendo en evidencia derivas autoritarias o abusos de autoridad del poder, y, por lo tanto, presentar al pueblo como un conglomerado de gente resentida y llena de una animadversión reaccionaria puede ser un error. En tales condiciones, un

*Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, 2008, págs. 559 y ss.; Freiberg, A. y Gelb, K.: "Penal Populism: Sentencing Councils and Sentencing Policy", en Freiberg, A. y Gelb, K. (eds.): *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, Willan Publishing, Cullompton, Devon, 2008, págs. 1 y ss.; Green, D.A.: *When Children Kill Children: Penal Populism and Political Culture*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008. En España, Aranda Ocaña, M., Chaves Castillo, G., Moreno Aldea, M., Posada Segura, J.D., Rivas Trullols, C. y Rivera Beiras, I.: *El populismo...*, ob. cit.; Larrauri, E.: "Populismo punitivo... y cómo resistirlo" en *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, págs. 15 y ss.; Miranda Estrampes, M.: "El populismo penal: análisis crítico del modelo penal securitario", en *Jueces para la Democracia*, núm. 58, 2007, págs., 43 y ss.

<sup>130</sup>. Así, Díez Ripollés ("El nuevo...", en ob. cit., pág. 03:10-03:11), siguiendo a Garland, que ya señaló cómo "existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra las elites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufriendo y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público". De este modo, "la politización del control del delito ha transformado la estructura de relaciones que conecta el proceso político y las instituciones de la justicia penal" (*La cultura...*, ob. cit., pág. 49). En similar sentido, Roberts, J.V., Stalans, L.J., Indermaur, D. y Hough, M.: *Penal Populism...*, ob. cit., pág. 5.

<sup>131</sup>. Porque generarían, en el sentido expresado por Díez Ripollés ("El Derecho penal simbólico...", en ob. cit., págs. 124-125), leyes reactivas, leyes identificativas, leyes declarativas, leyes principalistas o leyes de compromiso.

<sup>132</sup>. Se refiere, expresamente, a esta contingencia y al carácter cíclico y cambiante de las sensibilidades y, por tanto, de las tendencias punitivas en el ámbito del Derecho penal, Tonry, M.: *Thinking about Crime. Sense and Sensibility in American Penal Culture*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004, págs. 63 y ss.

<sup>133</sup>. "The Myth...", en ob. cit., págs. 188-189.

debate público sobre la cuestión penal, en el sentido de la teoría habermasiana de la democracia deliberativa<sup>134</sup>, podría, al transcurrir el mismo por los cauces del discurso racional y crítico, legitimar más adecuadamente los instrumentos de intervención y control penal y legitimar las acciones de los agentes e instituciones encargadas de implementar los mismos (legisladores, jueces e instituciones administrativas)<sup>135</sup>. Al fin y al cabo, la democracia no es sino una forma política derivada de un proceso comunicativo libre, orientado a lograr acuerdos consensuales en la toma de las decisiones colectivas<sup>136</sup> y el contenido de los derechos humanos descansa en la institucionalización legal de las condiciones formales que permiten que se expresen los procesos discursivos de formación de la opinión y de la voluntad popular<sup>137</sup>. En resumen, bajo este punto de vista, la legitimidad democrática la otorga el que las acciones, las normas o las instituciones que en ella nacen pueden justificarse, como tales, en un proceso deliberativo, que habrá de guiarse por reglas tales como la libertad y la igualdad de las partes y por el principio del mejor argumento y la exclusión de la coacción<sup>138</sup>.

Por otra parte, en el vigente contexto de la política criminal, se ha señalado cómo se ha producido una inversión de papeles en relación con las víctimas, de modo que mientras que antes, los intereses de la víctima quedaban subsumidos en los intereses públicos, ahora es la víctima la que subsume, dentro de sus propios intereses, la representación de los intereses públicos<sup>139</sup>. Garland ha descrito este fenómeno como el del *retorno de la víctima*, de modo que ésta ha irrumpido en el centro del escenario del teatro del delito y, ahora, "el nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deben poder expresar su ira y debe haber respuestas a sus temores"<sup>140</sup>. Obviamente, este protagonismo de las

<sup>134</sup>. Aunque, posiblemente, el planteamiento de Habermas sobre la *democracia deliberativa* sea de los más conocidos e influyentes, se han ocupado y teorizado sobre ella numerosos autores. Así, Bessette, J.: "Deliberate Democracy: The Majority Principle in Republican Government", en Goldwin, R. y Shambra, W. (eds.): *How Democratic is the Constitution?*, American Enterprise Institute Press, Washington, D.C., 1980, págs. 102 y ss. (primero en utilizar el término); Barber, B.: *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1984; Manin, B.: "On Legitimacy and Political Deliberation", en *Political Theory*, vol. 15, núm. 3, 1987, págs. 338 y ss.; Cohen, J.: "Deliberation and Democratic Legitimacy", en Hamlin, A. y Petite, P. (eds.): *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Blackwell, Oxford, London, 1989, págs. 17 y ss.; Spragen, T.: *Reason and Democracy*, Duke University Press, Durham, N.C., 1989; Dryzek, J.: *Discursive Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; Bohman, J.: *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, 1996; Nino, C.S.: *La constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.

<sup>135</sup>. Así, Dzur, A.W. y Mirchandani, R.: "Punishment and Democracy: The Role of Public Deliberation", en *Punishment and Society*, vol. 9, núm. 2, 2007, págs. 151 y ss.

<sup>136</sup>. Gonzalo, E. y Requejo, F.: "Las democracias", en Caminal Badía, M. (ed.): *Manual de Ciencias Políticas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 228-229.

<sup>137</sup>. Habermas, J.: "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", en *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 7, núm. 1, 1994, pág. 13.

<sup>138</sup>. Habermas, J.: "Política deliberativa, un concepto procedimental de la democracia", en *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*, traducción de M. Jiménez Redondo, 4ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1998, pág. 382. Curiosamente, la posición de Habermas fue criticada por Nino (*El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 109) por entender que conducía al "populismo moral".

<sup>139</sup>. Garland, D.: *La cultura...*, ob. cit., pág. 46; Díez Ripollés, J.L.: "El nuevo...", en ob. cit., pág. 03:9-03:10.

<sup>140</sup>. Garland, D.: *La cultura...*, ob. cit., pág. 46. Silva Sánchez ha hablado, incluso, de la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, señalando, además, las consecuencias que ello ha traído para la concreta configuración del Derecho penal (*La expansión...*, ob. cit., págs. 52 y ss.).

víctimas y de sus derechos, como casi todo en Derecho penal, también tiene una *versión amable*, que no necesariamente hay por qué desatender completamente. Así, también se ha señalado que no existen razones por las cuales una correcta atención a los derechos de los delincuentes tenga que significar un desprecio a los derechos de las víctimas y una ausencia de preocupación por su sufrimiento y, por tanto, es positivo que el movimiento de las víctimas haya logrado generar atención y movilizado recursos para atender sus necesidades <sup>141</sup>.

Finalmente, hace tiempo que Bottoms puso de manifiesto cómo una de las características del Derecho penal contemporáneo es la proliferación, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, de sanciones que se cumplen en la comunidad, no en la prisión (trabajos en beneficio a la comunidad, vigilancia electrónica, etc.). Expresiones de ello son el uso de mecanismos de diversión, que impiden que el caso en cuestión entre dentro del sistema; la aparición de formas de justicia local, adaptadas a la idiosincrasia de determinadas minorías poblacionales que están geográficamente ubicadas en territorios muy localizados; y, finalmente, el incremento de fórmulas de resolución de conflictos que, como la mediación, lo procesan a través de instancias o procedimientos no formalizados en la comunidad <sup>142</sup>. En un trabajo mucho más reciente, este mismo autor <sup>143</sup> analiza cómo se están implementando, actualmente, en Inglaterra y Gales, en este ambiente general de "cultura de control", dos típicas sanciones comunitarias, la supervisión de la *probation* y el trabajo no remunerado en beneficio de la comunidad, detectando que mientras la primera sanción (supervisión de la *probation*) ha ido perdiendo, cada vez más, su carácter comunitario, de modo que ya no se despliega el trabajo de campo típico de otros tiempos sino un trabajo de despacho o de oficina, aplicándose programas, modelos y tablas típicas de la gestión actuarial, lo que la ha convertido en invisible para los miembros de la comunidad, la segunda (trabajo no remunerado en beneficio de la comunidad) ha experimentado justo el fenómeno inverso, esto es, una notable expansión <sup>144</sup>. Refiriéndose, en concreto, al trabajo no remunerado, describe y analiza con cierto detalle los que, él piensa, son los cuatro modelos ideológicos de acuerdo con los cuales se pueden implementar esta sanción comunitaria: el *rehabilitador*, que sería aquel específicamente destinado a que el delincuente desarrollara habilidades laborales y vínculos con la comunidad, preferentemente con su propia comunidad, factores ambos que deben contribuir a esa rehabilitación y reinserción social; el *vengativo*, de naturaleza más emotiva, que tendería, mediante la humillación simbólica de la visibilidad del castigo comunitario, a que dicho sanción sirviera de recordatorio, para el sujeto que ha delinquirido y lo sufre y para todos aquellos que puedan observarle, el poder de la comunidad, cuyo sistema de

<sup>141</sup>. Tonry, M.: *Thinking...*, ob. cit., pág. 167.

<sup>142</sup>. "The Philosophy...", en ob. cit., págs. 34-38. Un análisis más reciente de estos mecanismos de "justicia comunitaria", en Karp, D.R. y Clear, T.D.: "Justicia Comunitaria: un marco conceptual", trad. de J.L. de la Cuesta, en Barbet, R. y Barquín, J. (eds.): *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Ed. Comares, Granada, 2006, págs. 223 y ss.

<sup>143</sup>. Bottoms, A.: "The Community Dimension of Community Penalties", en *The Howard Journal*, vol. 47, núm. 2, 2008, págs. 146 y ss.

<sup>144</sup>. "The Community...", en ob. cit., págs. 159 y ss.

orden y valores se vería, así, confirmado; el del *nuevo mercado estatal*, que se centraría más en la participación de los miembros de la comunidad en la elección del tipo de trabajos que deberían desempeñar el delincuente que debe de servir este tipo de sanciones, logrando, a la vez, la satisfacción de poder comprobar, de primera mano, cómo se desarrolla el mismo; finalmente, el de la *renovación civil y la implicación comunitaria*, lo primero, significa la posibilidad de desarrollar comunidades fuertes, activas y poderosas, capaces de hacer cosas para ellas mismas, definir el problema que les atenaza y afrontarlo conjuntamente con los organismos públicos, y, lo segundo, significaría implicar a la gente local en la solución de los problemas locales, de modo que ellos pueden trabajar con sus comunidades y los organismos públicos, como son las autoridades locales, para influir en la forma en la que los servicios locales son diseñados y desarrollados, de modo que cuando funciona bien, el compromiso comunitarios es la vía para la renovación civil <sup>145</sup>. En este contexto, Bottoms, partidario de la implantación de sanciones comunitarias como parte de las estrategias legítimas de la política criminal, aboga decididamente por un modelo combinado de rehabilitación y renovación civil e implicación comunitaria, con el que, en su opinión, la imposición de sanciones comunitarias (que incluyan el trabajo no pagado en beneficio a la comunidad y la supervisión sobre el terreno de la *probation*) atenderá a una racionalidad que debe de contribuir a hacer descender la delincuencia, gracias, fundamentalmente, a las mayores posibilidad de obtener logros positivos en la reinserción de los delincuentes, especialmente, cuando esas políticas de sanción comunitaria se desarrollan en comunidades locales en donde se viven altas cotas de victimización y privaciones sociales muy importantes, consiguiéndose, además, hacer descender los sentimientos punitivos de los residentes locales <sup>146</sup>.

La perspectiva expuesta por Bottoms es, qué duda cabe, positiva; es lo que antes hemos llamado la *versión amable*, en este caso, de la implicación comunitaria en la justicia penal. Pero lo cierto es que, en los últimos tiempos, esta implicación de la comunidad en el diseño y la ejecución de sanciones penales tiene una tendencia y un significado que, como ocurre también con las versiones amables del populismo y de la posición de las víctimas, es al menos discutible que se pueda mantener.

Efectivamente, populismo penal, posición de la víctima e implicación comunitaria o social en el diseño de las políticas penales son manifestaciones de una misma estrategia, que no tiende a *democratizar y legitimar* al Derecho penal a través de un procedimiento de discusión deliberativa, sino a convertir éste en un potente instrumento de intervención social, que manipula, como mera excusa de legitimación, su receptividad hacia los sentimientos, intereses y voluntades de los ciudadanos para quienes se gobierna. Populismo, transformación en icono de la víctima e implicación comunitaria en el diseño y ejecución de las políticas penales se han convertido, utilizando las palabras de Simon <sup>147</sup>, en mecanismos que tienden a establecer una cultura del miedo y

<sup>145</sup>. Estas definiciones se encuentran en un documento denominado *Visible Unpaid Work (Probation Circular 66/2005)*, National Probation Service, London, 2005, pág. 1.

<sup>146</sup>. Bottoms, A.: "The Community...", en *ob. cit.*, págs. 163 y ss.

<sup>147</sup>. *Governing...*, *ob. cit.*, pág. 6.

del control y a diseñar una forma de gobernar menos democrática, socialmente más polarizante y excluyente, que distrae los recursos hacia un estado penal en vez de hacia un estado del bienestar, y que configura un poder ejecutivo más autoritario, un poder legislativo cada vez más pasivo y un poder judicial más defensivo que nunca, más allá, incluso, de lo que pudiera provocar, en algún momento, el modelo de intervención penal del estado del bienestar.

En primer lugar, porque, como ha señalado Pratt <sup>148</sup>, el propio concepto de comunidad ha variado, porque ésta ya no se define por sus características de estabilidad y capacidad de autorregulación, generadora de controles informales de los comportamientos desviados, pero con capacidad de integración, lo que posibilitaría la gestión, en su seno, de los delincuentes sancionados, sino que, ahora, la comunidad se contempla como un conglomerado fragmentado y no fiable, no idóneo para asumir esa función con los delincuentes. Esto explicaría, además, el notable descenso en el uso de este tipo de sanciones comunitarias detectado por Bottoms <sup>149</sup>. A la comunidad hay que suministrarle, ahora, desde el poder, los mecanismos de identificación y cohesión para generar las nuevas lealtades que éste necesita y, en ello, la evolución del concepto de *víctima* ha desempeñado una función esencial. Para comprenderlo, no se puede perder de vista que los programas de actuación gubernamental y las decisiones legislativas no sólo sirven a los intereses de los ciudadanos, sino que, de la misma forma, ayudan a constituirlos <sup>150</sup>. Como explica Simon, en relación, por ejemplo, con los EE.UU. <sup>151</sup>, en su momento, la idea de víctima estaba muy vinculada al movimiento de la lucha por los derechos civiles porque los colectivos más combativos en este sentido, las minorías étnicas o las mujeres, eran, fundamentalmente, víctimas del desamparo o del abuso del poder. Negros, hispanos, mujeres, las más de las veces eran víctimas de la indiferencia, cuando no de la complicidad, del poder para luchar contra las conductas de los ciudadanos (normalmente, blancos del sexo masculino) que los segregaban o las sometían a

<sup>148</sup>. Penal..., en *ob. cit.*, págs. 137 y ss.

<sup>149</sup>. No es Bottoms el único que ha detectado ese descenso, también hace referencia, por ejemplo, al descenso en el uso de la suspensión de sentencia o de la multa, en Inglaterra y Gales, ofreciendo significativas cifras de la evolución entre 1980 y 2002, Lewis, C.: "Trends in Crime, Victimization, and Punishment", en Bottoms, A.E., Rex, S. y Robinson, G. (eds.): *Alternatives to Prison: Options for an Insecure Society*, Willan Publishing, Cullompton, 2004, págs. 40-41. Por otra parte, el lenguaje de la necesidad de aplicar sanciones comunitarias duras, para evitar que sean contempladas como un opción demasiado benigna, está hoy muy presente (véase, así, *A Five Year Strategy...*, *ob. cit.*, pág. 19) y, además, como recientemente, ha señalado Robinson ("Late-Modern Rehabilitation: The Evolution of a Penal Strategy, en *Punishment and Society*, vol. 10, núm. 4, 2008, pág. 429 y ss.) la rehabilitación, como estrategia de los sistemas penales, ha logrado sobrevivir pero en la medida en que su discurso ha sido capaz de aproximarse más a una perspectiva *utilitaria* (dirigida a modificar el comportamiento de específicos delincuentes como medio de garantizar la seguridad pública, es decir, rehabilitación en interés del público no del delincuente), *actuarial* (incidiendo sobre delincuentes que se estima satisfacen determinados factores de riesgo) y *expresivo-punitiva* (como forma de remarcar la responsabilidad individual del delincuente y hacer patente el reproche social y moral que merece su conducta, incluyendo entre sus objetivos el arrepentimiento público del delincuente). A ello se ha referido, igualmente, Garland cuando afirma que las intervenciones rehabilitadoras, hoy en día, se concentran más en cuestiones que tienen que ver con el control del delito que en la asistencia individual y, por lo tanto, están más centradas en el delito que en el delincuente y, por lo tanto, están más centradas en un marco de prevención de riesgo que en un marco de *welfare* (*La cultura...*, *ob. cit.*, pág. 288).

<sup>150</sup>. Pierson, P.: "When Effect Become Cause: Policy Feedback and Political Change, en *World Politics*, núm. 45, 1993, págs. 595 y ss., citado por Simon, J.: *Governing...*, *ob. cit.*, pág. 109.

<sup>151</sup>. Simon, J.: *Governing...*, *ob. cit.*, págs. 105 y ss.

violencia. La policía locales, en ese momento, contemplaban pasivamente los procesos de victimización, convirtiéndose en victimarios, porque no actuaban, deteniendo o persiguiendo a los blancos de la América profunda que sometían a los negros a todo tipo de violencia y vejaciones, como no lo hacían contra los hombres que sometían y agredían a las mujeres. Conforme esa situación fue variándose, el movimiento de las víctimas se va desconectando de la lucha por los derechos civiles y hace su aparición en escena una “nueva víctima”, el sufrido contribuyente, puntual pagador de impuestos, que es maltratado y victimizado por un gobierno que le obliga a sufragar, con dinero que sale del sudor de su frente y de su esfuerzo, los altos costes del estado del bienestar, que subsidia a indigentes indolentes, negros vagos o maleantes, drogadictos, inmigrantes; es decir, que subsidia a los mismos que son los responsables de los delitos que los victimizan, produciéndose una identificación entre contribuyente y (potencial) víctima, frente a quien el gobierno ya deja de estar enfrentado al ponerse a su lado. Conseguir transmitir este mensaje y que éste calara en las conciencias de la *mayoría silenciosa*, fue el éxito político de los republicanos en los EE.UU., que llevó a la presidencia a Ronald Reagan, y de los conservadores en el Reino Unido, que lograron alzar al poder a Margaret Thatcher. De forma que, como señala Simon <sup>152</sup>, hoy es a través de la experiencia de la victimización, y, mucho más comúnmente aún, a través de la experiencia de la *imaginada posibilidad de ser sometido al proceso victimización* <sup>153</sup>, como se redefinen los intereses de la comunidad política y de su gobierno. La víctima es, pues, un icono, un sujeto político ideal y artificial, cuyos contornos, proyectados por grupos de apoyo, medios de comunicación y, en última instancia, por el propio lenguaje legal, son, hoy, el elemento más influyente en la configuración de cualquier ley penal que pretenda ser exitosa. La influencia, en este sentido, es de tal nivel que cualquier iniciativa política, en materia penal, que pretenda tener éxito está condicionada a su capacidad narrativa de ser representada en el lenguaje de la victimización. Esto explica el éxito y la acogida que, en los medios de comunicación, tienen las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico, las asociaciones de víctimas de ruidos, o las asociaciones informales de ciudadanos alrededor de padres o familiares de víctimas de violaciones o asesinatos. Porque, conforme ha ido creciendo la obsesión por el delito, la máxima representación del interés común, el elemento de cohesión que más nos une, es el de nuestra condición de víctima (actual o potencial) de delitos, por eso, aunque muchos de nosotros no reconoceríamos en esa condición de víctima un elemento de cohesión primaria, las prácticas sociales y la forma en la que los políticos hacen o impulsan ahora las leyes atestiguan que esa sí está siendo una seña de cohesión

<sup>152</sup>. Simon, J.: *Governing...*, ob. cit., pág. 109.

<sup>153</sup>. Porque, como ha explicado Jackson (“Introducing Fear of Crime to Risk Research”, en *Risk Analysis*, vol. 26, núm. 1, 2006, pág. 261), el miedo al delito no está basado, necesariamente, en experiencias reales de victimización vividas por el individuo, sino que actúa como una esponja que absorbe todo tipo de ansiedades relacionadas con el deterioro del tejido moral, desde el familiar hasta el comunitario y social, porque el delito explica y dramatiza sus preocupaciones acerca de la cohesión, las relaciones y el cambio social, porque el delito dramatiza todo el entramado simbólico del diagnóstico popular acerca de la salud de su comunidad y de su nación [del mismo: “Bridging the Social and the Psychological in the Fear of Crime”, en Farral, S. y Lee, M. (eds.): *Fear of Crime. Critical Voices in an Age of Anxiety*, Routledge-Cavendish, Oxon, 2008, pág. 159].



identitaria <sup>154</sup>, que, sin duda, no sólo debilita cualquier resistencia intelectual o social frente a políticas de signo represivo sino que logra aunar a los colectivos sociales en torno a ellas <sup>155</sup>. Por ello, en ocasiones, al propio gobernante se le escapa de la mano todo este proceso que pone en marcha a través del populismo penal, resultándole muy difícil controlar el engendro que ha creado cuando intenta poner coto a demandas a las que él mismo ha contribuido en generar. El caso de la cadena perpetua en España ilustra bien lo que tratamos de decir, porque al no atender a esa demanda, al político le cuesta mucho trabajo argumentar, racionalmente, su rechazo, exponiéndose a una presión que, en otras ocasiones, sin embargo, y por las mismas razones, atiende sin dificultad. Por eso, también, se potencian, en muchas ocasiones, los efectos simbólicos de la pena, porque el político aprueba leyes que una judicatura, cada vez más defensiva se niega a implementar, generando discutibles políticas judiciales alternativas al margen de esas leyes, como es el caso al que nos hemos referido antes con la legislación de la violencia de género.

El populismo penal no es, por eso, un fenómeno coyuntural, producto de ambiciosos políticos a la búsqueda del voto; es algo más. En realidad es mucho más: es una forma de gobernar una sociedad fragmentada, diversa e individualista, a la que el gobernante le proporciona señas de identidad, que ese populismo se encarga de generar y alimentar, identificando al “enemigo común” <sup>156</sup> y colocándose, el propio gobernante, al lado de las víctimas (actuales o potenciales), a quienes promete proteger anunciando el fin de la tolerancia y la expulsión del seno social del victimario. En el fondo, en este contexto, la construcción del concepto idealizado de víctima y la apelación a la implicación de la comunidad forman parte de un todo, que no es otro que suministrar elementos de cohesión, porque a una comunidad fragmentada y plural se apela, ahora, sólo para poner en evidencia el único elemento que parece capaz de unirla: su condición de ser víctima (actual o potencial) de delitos. Esto es así, seguramente, porque esa fragmentariedad y esa pluralidad dificultan, enormemente, la definición del bien, de modo que, como conjunto, tendemos más a definirnos por relación al mal, en este caso, al mal que nos une o agrupa <sup>157</sup> y, así, el concepto de comunidad se define e identifica, hoy en día, ampliamente, como han puesto de manifiesto Lacey y Zedner <sup>158</sup>, en relación con los riesgos percibidos de ser, sus integrantes, víctimas de delitos. Ello tiene, también, como efecto indeseable el incremento de los miedos y de las ansiedades

<sup>154</sup>. Simon, J.: *Governing...*, ob. cit., pág. 109.

<sup>155</sup>. Esto, probablemente, ha provocado, entre otros efectos, que, como señala Díez Ripollés (“El nuevo...”, en *ob. cit.*, págs. 03:16-03:17), en nuestras sociedades democráticas exista un menor recelo hacia el uso instrumental punitivo que permite extender éste hasta límites inimaginables hace unos años.

<sup>156</sup>. Afirma Jackson que las percepciones sobre el riesgo del delito son consecuencia de un proceso activo de valoración que vincula el delito con determinados individuos o grupos sociales que son juzgados como hostiles al orden social local, poco fiables y representativos de algún tipo de desorden o descomposición social, lo cual confirma que el concepto de riesgo es meramente cultural y depende de dónde esté uno socialmente ubicado (“Bridging...”, en *ob. cit.*, pág. 158) y, en lo que ahora nos interesa, convierte al sujeto que satisface ese perfil o que forma parte de esos grupos social en un enemigo común ideal, que refuerza la cohesión social en su contra.

<sup>157</sup>. Bericat Alastuey, E.: “La cultura del horror en las sociedades avanzadas: de la sociedad centrípeta a la sociedad centrífuga”, en *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 110, 2005, pág. 84.

<sup>158</sup>. “Discourses of Community in Criminal Justice”, en *Journal of Law and Society*, vol. 22, núm. 3, 1995, págs. 316-317.

en relación al delito, pero los gobernantes los alimentan como *fantasía* que sustenta su poder mediante la promesa de que ellos van a ser quienes eliminen lo que le causa el miedo y ansiedad <sup>159</sup>. Porque el populismo no implica hablar en nombre de la opinión pública, que la mayor parte de la veces ni interesa saber, de verdad, qué opina, sino que implica hacerse portavoz de sectores de la sociedad que pretendidamente han sido ignorados por el *establishment* o las élites gobernantes o dirigentes, que ha desatendido sus demandas y necesidades y que se ha despreocupado por sus intereses. De esta forma, el político populista huye del consenso social y busca en sectores excluidos o frustrados del entramado social, a los que moviliza, sus apoyos y la orientación de sus políticas, alimentando sus elementos de cohesión y generando sus apoyos mediante la promesa de una reversión de la situación de falta de influencia de la opinión de esos sectores. Por eso, el populista se alimenta y alimenta la división y el disenso más que el consenso <sup>160</sup>, porque lejos de pretender la concesión de un mayor poder al pueblo (como pudo perseguir el *viejo* populismo), el *nuevo* populismo lo que promueve es una especie de ideal de abolición de la política, mediante el establecimiento de un mítico sistema simple de normas que permita a los individuos despreocuparse del debate político, en su propio beneficio, pero sin ningún tipo de acuerdo para la consecución de metas colectivas <sup>161</sup>. Con todo ello se consigue, además, justificar mayores y más incisivos niveles de control, a través de técnicas más depuradas (actuariales) y efectivas (inocuidadoras) de intervención, que extienden el aparato penal a ámbitos nuevos (de victimización) antes ajenos a la misma, o incrementando esa intervención en los ámbitos tradicionales. Por supuesto, en este contexto, esa víctima está definida selectivamente (nunca se habla de víctimas de corrupción política o administrativa, o de víctimas del sistema financiero) y su agresor, el individuo peligroso, también es cuidadosamente seleccionado (nunca está el político, el banquero o el empresario, como categoría general, entre ellos).

En segundo, lugar, esto explica, también, muchos de los mecanismos que se están utilizando ahora para lograr una mayor implicación social en el diseño y la ejecución de las sanciones penales. En este sentido, acierta Pratt <sup>162</sup> cuando señala que si algo diferencia al mundo penal premoderno del moderno es, fundamentalmente, la visibilidad de la ejecución de las sanciones penales. En el mundo premoderno, la reforma del delincuente se pensaba que se podía lograr a través de la humillación pública, el trabajo y la templanza; las sanciones penales se ejecutaban en público, con cuerdas de presos a los que se les hacía circular por los caminos, encadenados, porque se pensaba que la

<sup>159</sup>. Porque, además, como ha señalado Hudson ("Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence", en *Journal of Law and Society*, vol. 25, núm. 2, 1998, pág. 251), más que en comunidades vivimos en situación de alianzas temporales de ciudadanos, que se unen sobre la bases de un prudencialismo privado. Asociaciones de vecinos, asociaciones de padres, asociaciones de consumidores, asociaciones de mujeres, asambleas generales de accionistas, etc., son colectividades que reclaman las lealtades de la gente, más que las antiguas comunidades locales.

<sup>160</sup>. Pratt, J.: *Penal...*, ob. cit., págs. 8 y ss.

<sup>161</sup>. Simon, J.: *Governing...*, ob. cit., pág. 154. En realidad, en un mundo complejo, la simpleza proporciona seguridad y de ahí que mensaje tan sumamente simples como el de que *quien la hace la tiene que pagar* o que *cuantos más delinquentes metamos en prisión menos delitos va a haber en nuestras calles*, tengan tanto éxito.

<sup>162</sup>. "The return..." en ob. cit., págs. 128 y ss.

mejor forma de evitar la comisión de delitos era mediante el escarnio y la exhibición pública de los condenados o mediante su pública y sangrienta ejecución. El mundo moderno, sin embargo, esconde "tras el telón" la ejecución penal, encomendándosela a organizaciones burocráticas centralizadas con la convicción de que la recuperación de los condenados no debía basarse en su humillación o exhibición pública sino en la aplicación de los métodos que pudiera aportar el conocimiento científico. La "gran narrativa" de la modernidad es, pues, la de la reforma, el progreso y el humanitarismo, separando el trabajo de los científicos de un público incapaz de comprenderlo, porque las varias y variadas tácticas y estrategias de reforma, educación, entrenamiento laboral y rehabilitación trabajarían sobre el alma del delincuente para normalizarlo. La humillación y el escarnio público pasaron, pues, a contemplarse como métodos desfasados, propios de sistemas primitivos y, por tanto, su mejor destino era que fueran desterrados de la práctica penal <sup>163</sup>. Por ello, la tensión entre el Principio del Placer (con sus emotivos deseos de venganza contra el delincuente) y el Principio de la Realidad (con su cuidadosa regulada racionalidad conduciendo los cálculos sobre el sufrimiento), en la modernidad se decantó claramente a favor del segundo, dejando al primero contenido <sup>164</sup>.

Sorprendentemente, sin embargo, algunas de las características que adornaron al Derecho penal premoderno ahora parecen reaparecer, de modo que volvemos a asistir, en determinadas prácticas penales recientes, a la deliberada humillación de algunos delincuentes individuales, mediante su exhibición pública <sup>165</sup>. Ese es el caso de la publicación de listas de delincuentes sexuales o de maltratadores; la exhibición de los nombres y fotografías, en gacetas o boletines de noticias locales o en anuncios de la televisión local, de delincuentes que regresan a sus comunidades de residencia desde la prisión; la obligación de que los delincuentes sexuales lleven puestas camisetas en las que se les identifica como tales, que algunos, sarcásticamente, han definido como la *letra escarlata de los tiempos modernos*; la obligación de que los delincuentes condenados a trabajos comunitarios lleven puesto un chaleco fluorescente que les identifica como tales mientras lo desarrollan, o la obligación de llevar puesta una camiseta, mientras desempeñan ese trabajo, que les identifica, por ejemplo, como exdrogadictos o exalcohólicos; la obligación de que, por ejemplo, durante la fiesta de *Halloween*, los exconvictos por delitos sexuales adviertan de que en esa casa no se reparten caramelos con un llamativo cartel de una calabaza, para que no se acerquen los niños; la obligación de que los exdelincuentes sexuales que reciben tratamiento hospitalario lleven una pulsera azul, que les identifica como tales, durante su estancia en el hospital (este es el caso, por ejemplo, de la famosa Clínica Mayo), etc., prácticas, todas ellas, que se están

<sup>163</sup>. *Ibidem*, págs. 128-129. Señala Pratt que, "conforme se observa la evolución penal en las sociedades modernas, encontramos considerables intentos de reducir cualquier residuo de los componentes vergonzantes de la pena y, al mismo tiempo, una firme mejora en la intensidad del sufrimiento que causa el castigo: así, el abandono de los estigmatizantes uniformes penitenciarios y el rapado del pelo, por ejemplo; la eventual supresión de las cadenas de presos; la eventual abolición de los castigos corporales y, más recientemente en el tiempo, la prohibición de que los tribunales informen sobre los nombres de los infractores, etc." (*ibidem*, pág. 129).

<sup>164</sup>. *Ibidem*, págs. 137.

<sup>165</sup>. Interesantes reflexiones al respecto de estas penas humillantes, en Pérez Triviño, J.L.: "El renacimiento de los castigos avergonzantes", en *Isonomía*, núm. 15, octubre 2001, págs. 193 y ss.

convirtiendo en habituales en algunas jurisdicciones<sup>166</sup>. Todas estas leyes que posibilitan esta exhibición pública de delincuentes y que incentivan la visibilidad de las sanciones penales son importantes para impulsar el que, cada vez más y más gente, se implique en la confirmación pública de su movilización contra el delincuente (el enemigo común) y en la de la afirmación de su identidad como víctima<sup>167</sup>. Por eso, la gente es informada, en primera persona, con nombre, apellidos y fotos, de quiénes son los delincuentes y cuáles los delitos que han cometido; conoce, porque los ve en las calles, quiénes son los que han sido condenados a penas de trabajos no remunerados en la comunidad y puede opinar sobre la manera en la que están cumpliendo esa pena; en una palabra, los signos y símbolos del castigo y del sistema penal vuelven a tener presencia en su escenario natural, el público, y éste se puede implicar, de forma activa, en la cuestión penal y, así, ver sus sentimientos de inseguridad neutralizados y los de vindicación satisfechos<sup>168</sup>.

<sup>166</sup>. “The return...”, en *ob. cit.*, págs. 130. Una de las propuestas más decididas y conocidas, en ese sentido, es la de las llamadas *Megan's Law* en los EE.UU. (nombre *informal* con el que se designa, en homenaje a la niña de siete años, Megan Kanga, raptada y asesinada por un vecino del otro lado de la calle en el año 1994, a las legislaciones federal y estatales de registro y notificación de los delincuentes sexuales) que establecen, por primera vez, la posibilidad de que se facilite al público o a los residentes locales la información recogida en los registros de delincuentes sexuales. En realidad, antes de la primera *Megan's Law*; que es la que aprueba el estado de Nueva Jersey en 1994, muchos estados tenían leyes que establecían la obligación de registrarse a los delincuentes sexuales, pero no había obligación de notificación a las comunidades vecinales locales o a las posibles futuras víctimas, de los nombres, lugares de residencia, etc. de dichos delincuentes. Esa obligación de registrarse se establecía, también, en una ley federal, la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994 (*Crime Act* de 1994), que incluyó la misma en el título XVII, conocido como *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act* de 1994 (42 USC 14071 *et seq.*). En 1996, una modificación de la anterior, la conocida como *Megan's Law Amendment*, estableció que la información recopilada sobre esos delincuentes por los programas de registro de los estados podía ser proporcionada al público para los fines que estableciera la propia legislación estatal. Reformas posteriores han determinado, por ejemplo, en el mismo año 1996, la obligación de registro de por vida para ciertos delincuentes graves y reincidentes (*Pam Lyncher Sexual Offender Tracking and Identification Act*, que modificaba la *Crime Act* de 1994); en el año 1998, la obligación del registro en los estados para delitos que sean comparables o excedan de la gravedad de los definidos por la *Jacob Wetterling Act (Appropriations Act for the Departments of Commerce, Justice, State and Judiciary)*; en el año 2000, se requiere a los centros universitarios y universidades notificar a la comunidad universitaria dónde se puede obtener la información registrada en el *campus (Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Police and Campus Crime Act)*; y, en el año 2006, se convierte en delito federal, aunque los delitos previos no fueran federales, la omisión de registrarse, castigándose con una pena de hasta diez años de prisión, y se amplía enormemente el sistema de registro, exigiendo una valoración del riesgo antes de la salida de prisión, una clasificación en tres categorías de los diferentes tipos de delincuentes a los efectos de las obligaciones y frecuencia del registro, etc. (*Adam Walsh Child Protection and Safety Act*) (con más detalle, véase, Laney, G.P.: *Sex Offender Registration and Community Notification Law: Recent Legislation and Issues*, CRS Report for Congress, Congressional Research Service, Washington, D.C., 2008.). La práctica totalidad de los estados tienen su propia *Megan's Law* pero varían mucho en las condiciones del registro, el suministro de esa información al público y las obligaciones o restricciones que se le imponen al sujeto registrado, yendo desde leyes restrictivas, que no permiten suministrar la información más que a potenciales víctimas, hasta otras, que pueden llegar a obligar al sujeto a poner carteles en las ventanas de su domicilio advirtiendo de su condición de delincuente convicto (véase, igualmente, Logan, W.A.: “Sex Offender Registration and Community Notification: Past, Present, and Future”, en *New England Journal on Criminal and Civil Confinement's* vol. 34, núm. 3, 2008, págs. 3 y ss.).

<sup>167</sup>. Simon, J.: *Governing...*, *ob. cit.*, pág. 106.

<sup>168</sup>. Ya hemos citado un importante y reciente documento de la política criminal británica (*A Five Year Strategy...*, *ob. cit.*), y en él se explica, literalmente: “Hemos introducido recientemente la *Community Payback* [se podría traducir como *reintegración a la comunidad*] para hacer que las cinco millones de horas de trabajo obligatorio no remunerado que realizan en un año los delincuentes, sean más visibles para el público, de modo que éste pueda ver a los delincuentes reintegrando algo por sus delitos. Le ofrece a la gente del barrio (incluyendo a las

Que todo lo señalado transcurre por esos cauces lo demuestra que la nueva visibilidad de las sanciones penales y la potenciación del sentimiento de humillación del delincuente<sup>169</sup> se lleva a cabo con abandono de cualquier sentimiento compasivo hacia el mismo. Es cierto que, en la modernidad, algunas de las iniciativas que trataban de fomentar un menor uso de la prisión con sanciones alternativas, no carcelarias, podían, a la larga, implicar un mayor grado de intervención y control<sup>170</sup>, pero también lo es que el propósito, al menos, *oficial* de esas iniciativas era el de recuperar al delincuente, evitando el estigma y el desarraigo que la prisión podía ocasionar, camuflándose, al menos, y aunque sólo fuera por pudor, el lenguaje punitivo. Pero ahora no existe ya el menor inconveniente en introducir, abiertamente y sin complejos, en la terminología oficial el lenguaje represivo, punitivista y absolutamente no compasivo hacia el delincuente<sup>171</sup>.

En resumen, los responsables de las políticas penales, utilizan la estrategia del discurso populista como plataforma desde la que movilizar a la opinión pública (o quizás, mejor, a sectores de población con conciencia de frustración y abandono), a través de unos mensajes cuyo contenido tienden, primero, a desplegar en el imaginario colectivo la *fantasía* de los riesgos que la amenazan, identificando a la fuente de esos riesgos; segundo, a proporcionarles conciencia de un potente elemento de cohesión, que no es otro que el de su condición de actual o potencial víctima de la delincuencia, frente al

víctimas del delito), y a las comunidades altruistas, de voluntarios y cívicas la oportunidad de opinar sobre qué trabajo deben los delincuentes realizar en la comunidad, con folletos y páginas web para animar a la gente que seleccione escenarios concretos. Un cartel, en el que figura de forma visible el logo *Community Payback*, indica el lugar donde se ha realizado el trabajo" (pág. 20). Posteriormente, a través de una Circular (*Probation Circular 19/2008*), denominada *Distinctive Clothing for Offenders Undertaking Community Payback (revised)*, el *National Probation Service* ha hecho obligatorio que, a partir del 1 de diciembre de 2008, todos los condenados a BBC de un orden de trabajo no remunerado en beneficio de la comunidad lleven un chaleco naranja fluorescente, con letras de grandes caracteres en la espalda en las que se lee, *Community Payback*, lo que les identifica como tales, es decir, como trabajadores que lo son por estar cumpliendo una condena judicial. La prensa ya ha calificado esos chalecos como los *vests of shame* (las camisetas de la vergüenza) (véase, por ejemplo, la página digital de la BBC del día 1 de diciembre de 2008, en <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/7757908.stm>) y Jack Straw, el ministro de Justicia, se ha defendido diciendo que el propósito de estos chalecos altamente visibles es, sobre cualquier otro, reforzar la confianza del público en los castigos comunitarios porque muy poca gente piensa, en este momento, que son efectivos y que no son una opción suave o blanda.

<sup>169</sup>. Existen algunas propuestas académicas, como es el caso de algunas de las modalidades del movimiento de la justicia restauradora, que han llegado a plantear que la generación de los sentimientos de vergüenza en el delincuente puede ser utilizada como una estrategia de reinserción, constituyendo una especie de *humillación reintegradora*; así, por ejemplo, Braithwaite, J.: *Crime, Shame and Reintegration*, Oxford University Press, Melbourne, 1989; del mismo: "Shame and Modernity", en *The British Journal of Criminology*, vol. 33, núm. 1, 1993, págs. 1 y ss. Sería injusto, no obstante, identificar al movimiento de la justicia restauradora con las decisiones de política criminal que tienden a exhibir al delincuente para su escarnio público y hacer visible su sanción, porque es un movimiento mucho más diverso y complejas sus propuestas de lo que este espacio permite considerar. Un interesante análisis de la viabilidad de las propuestas de la justicia restaurativa en el ámbito de la delincuencia sexual en McAlinden, A.-M.: *The Shaming of Sexual Offenders. Risk, Retribution, and Reintegration*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2007.

<sup>170</sup>. Esta es la vieja tesis de un clásico, Stanley Cohen, que en su *Visions of Social Control: Crime, Punishment, and Classification*, Polity Press, Cambridge, 1985, expone cómo el estado desarrolla métodos de control del comportamiento delincuente "suaves", incluyentes, que pretenden sustituir a los métodos "duros" y excluyentes, como la prisión, pero que, a la larga, no hacen sino expandir, como consecuencia no intencionada, la "red de control penal" a zonas antes libres de intervención estatal, atrapando a la gente en el sistema y, por lo tanto, complementando, más que reemplazando el otro tipo de métodos de control "duros".

<sup>171</sup>. Pratt, J.: "The Return...", en *ob. cit.*, pág. 133.

enemigo común; tercero, a destacar la desatención que la neutralización de estas amenazas ha merecido en tiempos pasados; y cuarto, a prometer los recursos y las reformas legales que sean necesarias, para garantizar su seguridad; finalmente, se ponen en marcha las reformas penales correspondientes y se establecen los mecanismos legales que hacen visibles de forma evidentes las sanciones, con lo cual se constata el cumplimiento de las promesas, y, además, se permite que los miembros honrados (víctimas reales o potenciales) de la sociedad se impliquen en el diseño y en la ejecución de las decisiones legislativas, lo cual da sentido y consistencia a esa movilización; todo lo cual termina por garantizar la adhesión al poder reinante porque demuestra ser un poder sensible a las demandas, ansiedades e inseguridades del público <sup>172</sup>.

### III. ¿MODERNIDAD O POSTMODERNIDAD EN LOS VIGENTES CAMBIO DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DEL DERECHO PENAL?

Todos los rasgos acabados de describir, que se detectan en los vigentes modelos político-criminales a través de las diferentes reformas legales que se están produciendo —y alguno más que, sin duda, se podría resaltar—, abocan a la construcción de un Derecho penal que tiene características muy similares en la mayor parte de los sistemas del Derecho comparado, al menos el de los países con sistemas democráticos estables y economías desarrolladas. Lo que ya no parece estar tan claro para los diferentes analistas es si estamos asistiendo a un *nuevo modelo*, aún aceptando que éste esté por terminar de definir, o, por el contrario, estas variaciones no son sino evoluciones o desarrollos de lo que se ha venido en llamar el Derecho penal o el modelo penal de la modernidad (o de la tardo-modernidad). Obviamente, responder a esta cuestión tiene suma importancia porque si no logramos acertar con el enfoque mal podremos acertar en las estrategias que, al menos académicamente, se deberían de adoptar para hacer virar el rumbo al que el modelo vigente nos está abocando, aceptando, claro está, que no es ese el rumbo deseable al que debe de orientarse el Derecho penal.

Comenzaremos por decir, no obstante, que la primera dificultad con la que nos encontramos a la hora de responder a ese interrogante es la indefinición de lo que significa, a todos los niveles, la *postmodernidad*. Porque, como se ha puesto de manifiesto

<sup>172</sup>. Explica Bericat Alastuey ("La cultura...", en *ob. cit.*, pág. 79), "una *sociedad centrífuga* [la postmoderna] es aquella que mantiene y construye el orden social remarcando sus límites externos y generando desde allí fuerzas de repulsión que impulsan hacia el interior los elementos del sistema", de modo que "mientras que en las sociedades centrípetas [las modernas] la *atracción al bien* constituye el principal mecanismo regulador, en las centrífugas es la *aversión al mal* la que desempeña las funciones reguladoras del sistema". Así, en las sociedades centrífugas, como las vigentes, "tanto la transformación social como la agenda política se nutren con los propósitos de eliminar los aspectos más detestables de la realidad", de modo que "en el juego político se ponderan más los errores que los aciertos, y más los escándalos que el cumplimiento de metas". Teniendo en cuenta "que nos es posible definir el bien con contornos suficientemente precisos, y dado que debe admitirse un alto grado de tolerancia a la hora de respetar la adscripción a múltiples y diferentes valores positivos, los modelos ideales pierden intensidad". Por el contrario, "los modelos negativos, los anti-modelos, cobran cada vez más fuerza". En consecuencia, "el control de la negatividad se impone de forma perentoria, y esto explica el hecho de que los medios de comunicación de masas dirijan la atención pública hacia el mal, esto es, hacia los desastres, la muerte, los crímenes más espantosos, los accidentes mortales...". Por eso, "mientras que la identidad social de las sociedades centrípetas se funda en los sentimientos de orgullo que procura la consecución de logros, en las sociedades centrífugas la identidad se construye compartiendo colectivamente las emociones de horror".



por numerosos autores, el término es ambiguo y sujeto a una gran controversia, hasta el extremo de hay quien ha sugerido que su uso excesivo lo ha vuelto en exceso frágil<sup>173</sup>. No obstante, lo sí parece estar claro es que la referencia a lo postmoderno, sobre todo, significa una referencia a algo nuevo y diferente que ha sucedido en los últimos tiempos y que ya no puede ser explicado en términos de "modernidad"<sup>174</sup>. Por ello, más que obsesionarnos con definir el contexto vigente (postmodernidad)<sup>175</sup>, quizás la clave de bóveda está en descubrir si las recientes o, incluso, las inminentes reformas que aún habremos de observar, son *continuidades* del pasado o, por el contrario, asistimos a verdaderas *discontinuidades* que rompen con ese pasado y que están dando origen a algo nuevo, a algo distinto, frente a lo que, por tanto, tenemos que adoptar un enfoque analítico y una estrategia diferente.

Por otra parte, si la postmodernidad es algo distinto a la modernidad, no estaría de más explicar en qué consiste o ha consistido el Derecho penal de la modernidad. Sobre ello, parece haber un mayor acuerdo entre los autores. Como ha resumido, escuetamente, Lucken<sup>176</sup>, la modernidad tiene que ver con el orden, la disciplina, la clasificación, la normalización, la racionalidad, la eficiencia y la acumulación de conocimientos científicos —sobre el comportamiento humano, las poblaciones y las instituciones— para la organización, el control y el mantenimiento de las varias estructuras de la sociedad moderna (por ejemplo, la asistencia social, las prisiones, las escuelas, las factorías, los hospitales). En similares términos, pero desde otra perspectiva, lo ha explicado Bericat Alastuey<sup>177</sup>: "La sociedad moderna, desde sus mismos orígenes, fue capaz de establecer un potente núcleo central de valores y realizaciones positivas suficientemente atractivos como para mantener tanto la legitimidad del sistema como la adecuada motivación de sus miembros. La razón, el progreso, la ciencia, el bienestar material, la libertad individual, la democracia, los derechos civiles, el desarrollo económico y el incremento de la esperanza de vida formaban parte de ese núcleo central de valores. La modernidad se ha ido desarrollando mediante la realización progresiva e incesante de estos bienes". El discurso de la modernidad en Derecho penal, a lo largo de todas sus fases de desarrollo, ha significado, básicamente, el discurso de la convicción en que el comportamiento criminal es un comportamiento anormal e indeseable, pero evitable, y el discurso de la confianza en que, a través del adecuado soporte o de las adecuadas técnicas de intervención, el ser humano es capaz de modificar, reorientar o inhibir sus comportamientos criminales. En palabras de

<sup>173</sup>. Lemert, C.: "Social Theory at the Early End of a Short Century", en *Sociological Theory*, vol. 12, pág. 142.

<sup>174</sup>. Ritzer, G.: *Teoría sociológica moderna*, trad. de M.T. Casado Rodríguez, 5ª ed., McGraw Hill, Madrid, Buenos Aires, Caracas, Guatemala, Lisboa, México, Nueva York, Panamá, San Juan, Santa Fé de Bogotá, Santiago, Sao Paulo, 2003, pág. 579.

<sup>175</sup>. Explica Ritzer (*ibidem*, pág. 579), siguiendo la tesis de Best y Kellner (*Postmodern Theory: Critical Interrogations*, Guilford Press, New York, 1991, pág. 5), que la "postmodernidad" hace referencia a una nueva época histórica, el "postmodernismo" a nuevos productos culturales y la "teoría social postmoderna" a una nueva forma de teorizar sobre el mundo social. A nosotros aquí nos preocupa, lógicamente, la postmodernidad como época histórica que explique, en ese contexto, los nuevos desarrollos del Derecho penal.

<sup>176</sup>. Lucken, K.: "Contemporary Penal Trends. Modern or Postmodern?", en *British Journal of Criminology*, vol. 38, núm. 1, 1998, nota 1, pág. 106.

<sup>177</sup>. "La cultura del horror...", en *ob. cit.*, págs. 79, *in fine*, y 80.

Garland <sup>178</sup>, la criminología moderna partió de la premisa de que la conducta delictiva significa una desviación respecto del comportamiento normal y civilizado y que puede ser explicada en términos de patología individual o déficits en el proceso de socialización. De esta forma, las estrategias de intervención penal deberían orientarse hacia la rehabilitación terapéutica del delincuente, de forma que tanto la ciencia como las instituciones penitenciarias, deberían de invertir sus esfuerzos en acertar con las estrategias rehabilitadoras más adecuadas para cada delincuente individual. Así, el discurso moderno, sus objetivos y sus técnicas, todas ellas se centraban en el individuo, con el fin de atribuir responsabilidades y desarrollar una adecuada estrategia rehabilitadora para reforma al delincuente <sup>179</sup>. El modelo penal de la modernidad es, por tanto, el modelo de la confianza en la razón de la ciencia y en el conocimiento de los expertos, pues son ellos los que deben diseñar los programas y las estrategias de intervención, más allá de lo que pudieran ser las convicciones primarias o emocionales del gran público.

Pero no sólo eso; como ha señalado Hallsworth <sup>180</sup>, la modernidad penal se ha caracterizado por una serie de valores vinculados a una determinada visión de la sociedad, valores que aparecen aproximadamente en el siglo XVII, cuyo origen se remonta a la "economía restringida" que hizo posible el desarrollo del capitalismo y su característico modelo de intercambio, y que dieron forma al aparato institucional de los sistemas modernos y les suministró su fundamento normativo. De modo que "el surgimiento de la modernidad penal puede contemplarse como un proyecto desigual que alcanzó el punto álgido de su desarrollo en la construcción de la maquinaria del estado del bienestar después de la Guerra Mundial". Las características del Derecho penal de la modernidad se pueden, entonces, definir a través de una serie de características que la dotan de consistencia y que forman un todo homogéneo, y que se concretan, muchas de ellas, por oposición a la premodernidad, en las siguientes <sup>181</sup>: primera, el sufrimiento infringido por el castigo se aminora, descartándose los castigos que proporcionan un dolor o un sufrimiento innecesario; segunda, las penas impuestas en las sentencias se gobiernan por el principio de la equivalencia con el daño producido por el delito, pero no en un sentido *talional*, sino calibrando y fijando esa equivalencia en términos de duración del tiempo de la condena, que ahora se ha de cumplir en un confinamiento que se oculta a la contemplación pública; tercera, la lógica organizativa de los regímenes penales los orienta hacia la inversión productiva de energía en el material humano, de modo que, basada en la fe en la ciencia y en la opinión de los expertos, el castigo debe ir dirigido hacia la normalización y a que su cumplimiento se lleve a cabo en un entorno que debe de facilitar la recuperación del delincuente y su reintegración social; cuarta, la respuesta al delito se gobierna por la fuerza de la razón, de la que nace la autoridad de la ley, de modo que ni las pasiones ni las emociones ni las presiones del público deben de tener su lugar o influencia y, por eso, el sistema de enjuiciamiento se

<sup>178</sup>. "The Limits...", en *ob. cit.*, pág. 450.

<sup>179</sup>. Cotter, R. y De Lint, W.: "GPS-Electronic Monitoring and Contemporary Penology: A Case Study of US GPS-Electronic Monitoring Programmes", en *The Howard Journal*, vol. 8, núm. 1, 2009, pág. 78.

<sup>180</sup>. "The Case for a Postmodern Penalty", en *Theoretical Criminology*, vol. 6, núm. 2, 2002, pág. 148.

<sup>181</sup>. Hallsworth, S.: "The Case...", en *ob. cit.*, págs. 149 y ss.

desarrolla a través de una serie de reglas que tratan de asegurar la racionalidad de las decisiones (*due process*); quinta y última, el sistema penal es coherente y consistente con la utopía moderna de construir una sociedad libre de delitos, que son concebidos como un problema social que exige el despliegue de considerables y progresivas formas de intervención, tanto sobre los individuos como sobre la sociedad, diseñadas por expertos y profesionales designados por el estado, que integrarían al Derecho penal como un mecanismo más del complejo y más amplio entramado de fuerzas sociales destinadas a combatir las causas que, en la sociedad, generan ese problema social. La aparición de estas características se explica, primero, como consecuencia del proceso de civilización vinculado al desarrollo del estado moderno y los consiguientes cambios que ello llevó aparejados, no sólo en la forma en la que las instituciones se comportaban, sino por la propia estructura psico-social de los individuos que trabajaban dentro de ella<sup>182</sup>. Pero, igualmente, los cambios se pueden explicar, como señala Hallsworth, por la estructura de economía restringida a través de la que se organizó el capitalismo: "Una economía restringida es una economía basada sobre nociones recíprocas de intercambio. Dentro de ella, los bienes o comodidades circulan, se distribuyen y redistribuyen, bien para satisfacer particulares necesidades, bien para obtener beneficios. (...) Se centra en cosas como los mecanismos de los precios y el intercambio de mercado. Se organiza alrededor de contratos claramente establecidos y específicos cuyos términos están acordados entre aquellos que forman parte del intercambio. Como economía, valora lo que es generativo y productivo. Dentro de ella, los excedentes son invertidos, reinvertidos y revalorizados. Esta es una economía organizada alrededor de la positiva y productiva inversión de energía en el sentido de que lo que es producido nunca es despilfarrado o perdido. Su característico modo de funcionar es típicamente desarrollista"<sup>183</sup>. La influencia de este tipo de economía en el modelo penal es incuestionable, porque así como el proceso de civilización impulsó la orientación del sistema hacia la rehabilitación individual y la regeneración social, esta forma de intercambio económico propició la aparición de nociones como la de equivalencia, proporcionalidad, *due process* e inversión de esfuerzos productivos en los delincuentes. La economía del exceso premoderna, sin embargo, con su santificación de los gastos improductivos, propicia un sistema penal de violencia excesiva y arbitraria<sup>184</sup>.

Obviamente, el tránsito a la modernidad fue un camino difícil, cuajado de desniveles, y la persistencia de elementos premodernos en los sistemas penales fue una evidencia, incluso hasta bien entrada la modernidad. Probablemente, como ya hemos señalado, el momento cumbre del proyecto penal de la modernidad no se alcanza hasta

<sup>182</sup>. *Ibidem*, págs. 152.

<sup>183</sup>. *Ibidem*, pág. 153.

<sup>184</sup>. *Ibidem*. Ha explicado Hallsworth en otra parte, que las sociedades medievales estaban naturalmente orientadas hacia la dilapidación de considerables cantidades de los excedentes que producía su economía en el desarrollo de suntuosas cortes y lujosas instalaciones como palacios y catedrales. La visa religiosa, en particular, consumía prodigiosas cantidades de riqueza social, como lo hizo la sociedad cortesana medieval. Su seña de identidad se puede ver en la sucesión de carnavales y festivales, en el culto al lujo suntuoso, y, no menos, en los excesos penales que definieron la pena medieval ("Modernity and the Punitive", en Pratt, J., Brown, D., Brown, M., Hallsworth, S. y Morrison, W. (eds.): *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2005, pág. 245).

después de la II Guerra Mundial, estimulado, en mucho, por algunas de las atrocidades y la desolación acaecida en el transcurso de la Guerra y por la esperanzadora etapa de reconstrucción posterior, que colocó a Europa en una senda de prosperidad y progreso nunca antes alcanzado. España ha sido, en este sentido, un caso peculiar, porque, en realidad, nunca se terminó de alcanzar ese momento álgido del proyecto penal de la modernidad. La Guerra Civil, primero, y los años de la Dictadura franquista, después, congelaron, cuando no retrocedieron ese proyecto y, posteriormente, desde el año 1978 y hasta la aprobación del Código penal de 1995, hemos intentado recuperar un tiempo perdido, pero con la tardo-modernidad o la postmodernidad pisándole ya los talones al Derecho penal. Asombrosamente, hemos sabido, sin embargo, adaptarnos con comodidad y facilidad al nuevo punitivismo y a todas sus características, seguramente porque nuestros propios gobernantes de la última etapa democrática siempre han tenido un siempre compromiso desganado, fugaz y débil con el proyecto penal de la modernidad. La retórica de la reinserción y la rehabilitación, por ejemplo, se logró incrustar en la Constitución española de 1978 y en la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 e inspiró, sin duda, proyectos emblemáticos como la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, pero para cuando comenzaron los años 90 del pasado siglo esa retórica estaba ya prácticamente finiquitada.

Definido, a grandes rasgos, el modelo penal de la modernidad, nos corresponde, ahora, intentar explicar si todos esos cambios que hemos intentado describir en las páginas precedentes nos han abocado a un modelo penal diferente, el modelo penal de la postmodernidad, o son, simplemente, desarrollos o evoluciones que no alteran la pervivencia o la esencia del proyecto penal de la modernidad. Hay que insistir, no obstante, que definir la postmodernidad es definir, fundamentalmente, un modelo antagonista con el de la modernidad, modelo que puede integrarse por nuevas prácticas o por el resurgir de viejas prácticas que son incompatibles con lo que ha significado ese proyecto penal de la modernidad.

En la literatura comparada no ha habido coincidencia a la hora de intentar explicar el porqué de los cambios que se han estado y se están produciendo en las legislaciones penales de los países desarrollados. Como señalaba al principio del trabajo, aun habiendo grandes coincidencias a la hora de dibujar los rasgos característicos de dichas transformaciones existen, sin embargo, profundas divergencias cuando se trata de explicar su significado y alcance. Autores de la influencia de Garland, están convencidos de no ver *nada especialmente nuevo* en lo que ahora está pasando en el ámbito de los sistemas de Derecho penal, que en todo caso debe interpretarse en clave de cambios que confirman y continúan los parámetros de la modernidad, o, a lo sumo, que los intensifican. Así, por ejemplo, los medios de vigilancia electrónica, tan de moda, más que constituir una quiebra de los parámetros del modelo penal moderno, simplemente continúa su tendencia de aprovechar los avances tecnológicos para administrar el castigo en nombre de la eficiencia y el progreso científico. Es más, en su opinión, el relativo (y tal vez, temporal) declive del ideal rehabilitador y de las investigaciones que tratan de determinar las causas sociales del delito no son un síntoma del colapso de la gran narrativa de la modernidad ni del amanecer de la postmodernidad en el Derecho

penal, porque debemos aprender a distinguir lo que son cambios coyunturales, transitorios y reversibles, de lo que son verdaderas transformaciones estructurales, prolongadas en el tiempo, a la vez justo que se debe diferenciar los cambios en el estilo o en el énfasis del discurso de las más profundas transformaciones en las problemáticas y racionalidades que estructuran el discurso criminológico y la política penal. “Los rápidos cambios manifestados al nivel de las representaciones y la retórica gubernamentales no deben ser confundidos como alteraciones en las prácticas de trabajo e ideologías profesionales, ni deben ser asumido que el descrédito de un particular vocabulario (tal y como el de la ‘rehabilitación’) signifique que las prácticas que él, en su momento, describía hayan todas, a la vez, desaparecido. La relativamente fija estructura de las técnicas y los aparatos penales deben contemplarse separadamente de las más móviles estrategias que determinan los propósitos y prioridades y determinan cómo los recursos penales son empleados”<sup>185</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión, y siguiendo en este punto la de otros autores como Pratt<sup>186</sup> o Hallsworth<sup>187</sup>, sí que son apreciables discontinuidades o rupturas con el proyecto penal de la modernidad. Así, como ha señalado este último, el restablecimiento de la capacidad de infligir daño y humillación como estrategia penal legítima, haciendo visibles la condición de delincuente y el cumplimiento de sanciones; la desatención a las exigencias del principio de humanidad y proporcionalidad, con sentencias arbitrarias y desproporcionadas; y, finalmente, la ejecución penitenciaria de sanciones que carecen del menor sentido productivo, en términos de inversión en el material humano, de modo que se haga posible o, al menos, se intente la recuperación social del delincuente, desatendiéndose, de esa forma, palmariamente su bienestar futuro<sup>188</sup>, son tendencias cada vez más sobresalientes en la filosofía que inspira las reformas de nuestros sistemas penales de los últimos lustros, y eso significa una severa ruptura con el proyecto penal moderno. Lo cual no quiere decir que vayamos a “regresar” a la premodernidad y a sus niveles de deshumanización y crueldad, pero sí que límites tenidos y sentidos como necesarios para el Derecho penal, que trabajosamente se habían ido diseñando, se han traspasado sin mucho recato. Restablecerlos va a exigir de nuevos elementos históricos de reconsideración, ya vengan de la mano de realidades económicas (crisis fiscal) que hagan insoportables los costes de haber traspasado esos límites, ya sean consecuencia de nuevas demandas hacia el estado de prestaciones sociales o asistenciales, que desplace el gasto, consecuencia, por ejemplo, de la prolongación de la esperanza de vida y los avances de la medicina, ya de la mano de un rechazo social hacia nuevas formas de crueldad y humillación, ya porque la sociedad sienta como necesario revitalizar consensos y vínculos sociales entre sus individuos, haciendo de ésta un lugar más incluyente.

<sup>185</sup>. “Penal Modernism and Postmodernism”, en Blomberg, T.G. y Cohen, S. (eds.): *Punishment and Social Control*, Enlarged Second Edition, Aldine de Gruyter, New York, 2003, pág. 68. En términos muy similares se han pronunciado, Lucken, K.: “Contemporary...”, en *ob. cit.*, págs. 106 y ss., y Miller, L.L.: “Looking for Postmodernism...”, en *ob. cit.*, págs. 168 y ss.

<sup>186</sup>. “The Return...”, en *ob. cit.*, págs. 137 y ss.

<sup>187</sup>. “The Case...”, en *ob. cit.*, págs. 155 y ss.

<sup>188</sup>. “The Case...”, en *ob. cit.*, págs. 155 y ss.

Por otra parte, el nuevo becerro de oro del Derecho penal en que se ha convertido el paradigma del riesgo provoca una sustancial despreocupación por los derechos individuales, que también rompe con la evolución ascendente que, en ese sentido, significó el proyecto penal de la modernidad. Hay que tener en cuenta que, en la medida en que las estrategias de reducción o gestión del riesgo actúan sobre el sujeto (delincuente) mediante valoraciones clínicas individualizadas que pretenden pronosticar las probabilidades de que vuelva a cometer nuevos hechos delictivos, la aceptación de que la propia eliminación del riesgo no es posible, deja abierta la cuestión del balance entre seguridad y libertad; es decir, la cuestión de cuánto riesgo queremos reducir a costa de cuánta actuación sobre el sujeto y cuánta merma de sus garantías individuales queremos provocar, sigue teniendo sentido. Pero si lo que pretendemos es controlar el riesgo de delincuencia proveniente de individuos que se ajustan a un perfil que se ha diseñado sobre la base de tablas estadísticas de definición de factores generadores del mismo, y sabemos que podemos hacerlo anulando las oportunidades de acción de los individuos que se ajustan a dicho perfil, la pregunta sobre las garantías individuales deja de tener sentido porque el objetivo no es el individuo sino el grupo de población al que pertenece el individuo, del que no hace falta cuestionar que sea un grupo de riesgo. Como ha señalado Hudson, "la justicia criminal tiene mucho que ver con la gestión del riesgo en el sentido de que dado que los riesgos no pueden ser eliminados, sí pueden mantenerse en niveles razonables, y pueden reducirse allí donde puedan ser anticipados. Esto significa esencialmente que los riesgos deben ser evaluados: la evaluación del riesgo para el público de convertirse en víctimas debe contraponerse a la evaluación del riesgo para los delincuentes (actuales o potenciales) de recibir una inmerecida restricción de la libertad u otra forma de privación", porque todos somos, al mismo tiempo, potenciales víctimas y potenciales delincuentes<sup>189</sup>. En ese sentido, la estrategia actuarial, como la más sobresaliente para la moderna gestión de los riesgos, es excluyente porque no asume que el delincuente es alguien a quien hay que excluir temporalmente en sus derechos, pero que es recuperable, sino que parte de la idea de que lo que hay que excluir son las posibilidades de acción del potencial delincuente, con lo cual, ese potencial delincuente nunca tendrá la posibilidad de demostrar que se ha unido al consenso social absteniéndose de delinquir. "Privar a las personas de tener una oportunidad de actuar es tratarlas como no-miembros, seres a los que no les son aplicables las normas de planificación racional del comportamiento (...). Estos seres son privados de su humanidad racional y se convierten en criaturas determinadas de sistemas estadísticos de valoración del riesgo; en lugar de ser carne y sangre, inconsistentes, individuos impredecibles actuando más allá de sus propios deseos e intereses, libres para modificar sus percepciones sobre estos y su conciencia moral en cualquier momento del presente o del futuro, se convierten en personificaciones predecibles de bases de datos, para los que la incertidumbre de las opciones de comportamiento en determinadas situaciones se sustituye por las certezas estadísticas de los cálculos factoriales"<sup>190</sup>. Por

<sup>189</sup>. Hudson, B.: *Justice...*, ob. cit., pág. 46.

<sup>190</sup>. Hudson, B.: *Justice...*, ob. cit., pág. 76. En el mismo sentido, Silver, E. y Miller, L.L.: "A Cautionary...", en *ob. cit.*, pág. 152.



otra parte, es evidente que tras las técnicas actuariales de evaluación de los riesgos se esconde una concepción ideológica extremadamente reaccionaria, porque ese conjunto de prácticas contribuyen a la generalización del estigma de aquellos que cumplen con el perfil del comportamiento peligroso, sin posibilidad de demostrar lo contrario, y, además, en la medida en que no explican ni alteran las causas de la delincuencia, tienden a despolitizar el proceso de regulación social y a legitimarlo, dejándolo completamente al margen de cualquier discurso crítico <sup>191</sup>. En este sentido, su generalizada implantación constituye un retroceso importante para el progreso social porque si es que una sociedad es capaz de avanzar, de evolucionar, es, precisamente, porque tiene capacidad de mejorar sus prácticas de regulación social a través del diálogo y el cambio social. Por tanto, la concepción del hombre que se subyace tras el Derecho penal de la postmodernidad al que nos encaminamos es deprimente y filosóficamente inaceptable porque le niega al individuo su capacidad de libertad y de regeneración moral, tendiendo, además, a configurar una sociedad de sujetos recelosos e insolidarios, cada vez menos capaces de socialización e integración en el conjunto social. Bien es cierto que, en este momento, es muy difícil saber a qué tipo de nueva sociedad nos está dirigiendo la crisis económica global a la que nos enfrentamos, porque sus características y dimensiones, inéditas en la Historia mundial, hacen muy complejo predecir el futuro próximo. Por otra parte, también es difícil valorar, en el momento de redactar estas líneas, qué influencia pueda tener el ascenso a la presidencia de los EE.UU. de Barak Obama si es que su política criminal, que tanta influencia tiene sobre las políticas criminales de los países occidentales, puede suponer un nuevo cambio de rumbo hacia otro modelo menos represivo. Lo que sí es incuestionable es que no se va a volver al modelo penal de la modernidad, al menos, al que se reflejó en su momento álgido porque se ha recorrido mucho camino ya en el desmantelamiento de sus raíces y convicciones profundas.

Quedaría, finalmente, por considerar cuál debería de ser la actitud a adoptar frente a este nuevo Derecho penal por parte de quienes nos dedicamos a su análisis y estudio académico. Frente a las certezas que parecen manifestar, por ejemplo, Díez Ripollés o Silva Sánchez, a nosotros nos suscita enormes dudas pensar que nuestra tarea deba ser la de proponer un modelo político-criminal doctrinal o académico alternativo, que nos haga políticamente competitivos y, de esta forma, logremos alcanzar o recuperar la capacidad de ser escuchados por los responsables del diseño e implementación de las políticas penales. Más nos parece que nuestra misión fundamental es analizar y poner todos nuestros esfuerzos en intentar acertar en el diagnóstico de la situación. Ese ha sido el objetivo primordial de este trabajo, porque acertando en el diagnóstico tendremos más capacidad de poner de manifiesto las inconsistencias e incongruencias del modelo y de las propuestas político-criminales. No debemos, sin embargo, adoptar la actitud que, por ejemplo, denuncia Pratt <sup>192</sup>, cuando al describir la evolución hacia el descrédito de la opinión de los expertos que se ha producido en el ámbito de la toma de decisiones de las políticas penales, señala que, ahora, los expertos están escondidos

<sup>191</sup> , Silver, E. y Miller, L.L.: "A Cautionary...", en *ob. cit.*, págs. 143 y ss.

<sup>192</sup> . "The Return...", en *ob. cit.*, pág. 138.

dentro de su propio "sistema", que se encuentra, a su vez, dentro de un conglomerado de sistemas mayores, y reacios a aventurarse más allá, porque en ese escondite es donde pueden tener una estabilidad neutral. Ya no tienen ninguna pretensión de cambiar el mundo o quizás ni siquiera de cambiar el sistema penal, por el contrario, son libres de flotar y navegar hacia cualquier punto hacia el que les empuje la nueva política penal. Si nuestra misión es, precisamente, intentar acertar en el diagnóstico lo es para no dejarnos arrastrar o atrapar por la vorágine de las nuevas políticas penales y para no dejarnos engañar por las trampas ideológicas y retóricas de toda esta nueva verborrea tecnocrática del riesgo, que es esencialmente artificial por situarse de espaldas a una realidad que no se quiere reconocer. Algunos planteamientos académicos, como sucede, por ejemplo, con los que siguen la lógica del funcionalismo sistémico, son propensos, probablemente de forma involuntaria, a ser comparsas de esta vorágine porque huyen de la contemplación de realidad y se refugian en un "hombre normativo", paradigma ideal que termina justificando y dando cobertura a muchas de las evoluciones regresivas de nuestro vigente Derecho penal. Hay, por tanto, que poner de manifiesto las inconsistencias y las incongruencias del sistema y, muy especialmente, las ideologías y las filosofías que se esconden tras él, para ser y continuar siendo una instancia crítica, procurando no dar cobertura intelectual a políticas reaccionarias, excluyentes y segregadoras. Que lo logremos o no, es algo que escapa de nuestro control, pero, en cualquier caso, estaremos dando sentido a páginas y páginas de literatura que, de cuando en cuando, como lo demuestra la Historia, sí tiene capacidad de cambiar el curso de las cosas.