

PROF. SOLEDAD GIL NOBAJAS. GLOBALIZACIÓN E INSEGURIDAD CIUDADANA: ALGUNAS REPERCUSIONES EN EL MARCO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 133-169. REVISTA CENIPEC. 30. 2011. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. SOLEDAD GIL NOBAJAS

**GLOBALIZACIÓN E INSEGURIDAD CIUDADANA:  
ALGUNAS REPERCUSIONES EN EL MARCO DE LAS  
ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.**

**Recepción:** 22/11/2010.

**Aceptación:** 15/02/2011.



Prof. Soledad Gil Nobajas  
UNIVERSIDAD DE DEUSTO  
BILBAO - ESPAÑA  
*sgil@deusto.es*

### **Resumen**

El presente trabajo aporta una reflexión sobre las actuales tendencias político-criminales del intervencionismo penal, fruto de la dicotomía riesgos/seguridad que caracteriza a la sociedad postindustrial. Con este objetivo, se presenta una diferenciación de los orígenes y contornos de los riesgos y su posible amenaza para bienes jurídicos merecedores de tutela penal, a la luz de las últimas reformas a las que se ha visto sometido el Código Penal español.

**Palabras clave:** sociedad de riesgo, expansionismo, derecho penal preventivo, populismo punitivo.

### **Globalization and citizen insecurity: some repercussions of the latest reforms to the spanish Criminal Code.**

#### **Abstract**

The present article offers a reflection on the current tendencies in crime policy and penal intervention resulting from the dichotomy of risks and security which characterizes post-industrial society. Given this objective and with reference to the recent reforms of the Spanish Criminal Code, the text outlines the difference between the origins and contexts of risk and their possible threats to legal goods which are safeguarded by criminal law.

**Key words:** risk society, expansionism, preventive criminal law, punitive populism.

## **Mondialisation et insécurité citoyenne: quelques répercussions relevant du cadre des dernières réformes du Code Pénal espagnol.**

### **Résumé**

Notre travail apporte une réflexion sur les tendances politico-criminelles actuelle de l'interventionnisme pénal, issu de la dualité risques/sécurité qui caractérise notre société post-industrielle. En ce sens, nous présentons une différenciation entre les origines et les contours des risques, ainsi que de leur caractère de menace potentielle des biens juridiques méritant la tutelle pénale. Cette différenciation est faite à la lumière des dernières réformes dont a fait l'objet le Code pénal espagnol.

**Mots clés:** société du risque, expansionnisme, droit pénal préventif, populisme punitif.

## **Globalização e insegurança social: algumas repercussões no âmbito das ultimas reformas do Código Penal espanhol.**

### **Resumo**

O presente trabalho aporta uma reflexão sobre as atuais tendências político-criminais do intervencionismo penal, fruto da dicotomia riscos/segurança que caracteriza a sociedade pós-industrial. Com este objetivo, se apresenta uma diferenciação das origens e contornos dos riscos e sua possível ameaça para os bens jurídicos merecedores de tutela penal, à luz das últimas reformas às que tem sido submetido o Código Penal Espanhol.

**Palavras chave:** sociedade de riscos, expansionismo, direito penal preventivo, populismo punitivo.

## Introducción.

Hace unos años Díez advertía sobre la “cristalización de un nuevo modelo penal”<sup>1</sup>, expresión con la que reflejaba el tránsito que en las últimas décadas se está produciendo desde un Derecho Penal adscrito a los postulados garantistas del Estado Liberal a un *moderno* Derecho penal, surgido de las profundas transformaciones económicas, tecnológicas y sociales que convergen bajo la denominación común de globalización<sup>2</sup>. Es evidente que la idea de la *modernización* del Derecho Penal no es nueva, pues hace ya tiempo que en los foros especializados se ha abierto un crítico debate sobre la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva del Estado en determinados sectores de actividad que, en inicio, resultaban ajenos a su esfera de actuación. La proliferación de estudios y trabajos sobre la responsabilidad penal por productos defectuosos, la preocupación por el Derecho Penal medioambiental, la protección penal del orden socioeconómico, la delincuencia de “cuello blanco” o el resurgir de las tesis defensoras de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellos ordenamientos jurídicos que tradicionalmente no la han admitido—en los que debe incluirse el caso español—, podrían ser algunos ejemplos de la literatura que ha copado las bibliotecas penales desde los años 80 del siglo pasado y que continúa haciéndolo al día de hoy, tanto en el panorama español como comparado.

La justificación que se esgrime para esta tendencia *expansiva* o *intervencionista* del Derecho Penal proviene, según algunos sectores

<sup>1</sup> Díez, J. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en AA.VV.: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas, 2005, p. 276.

<sup>2</sup> Hay autores, como Hassemer, que oponen los términos Derecho Penal “clásico” y Derecho Penal “moderno” para referirse a este mismo binomio. En este sentido, vid. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 43-46. En este trabajo se ha adoptado, en parte, la diferenciación propuesta por Gracia, en cuanto que, como advierte el autor, refleja el contexto socio-político histórico en que surge el Derecho Penal de la Ilustración y lo diferencia de cualquier otro. No obstante, el penalista español también rechaza el concepto de Derecho Penal “moderno” frente al Derecho Penal del Estado Social, denominación que, por razones que no es posible entrar a explicar aquí, sólo estoy de acuerdo parcialmente. Vid., al respecto, la justificación de esta denominación y su crítica al concepto Derecho Penal “clásico” en *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 48-55. Sigue la diferenciación Derecho Penal Liberal y Derecho Penal moderno, Silva, J. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 149.

doctrinales, de la existencia de *riesgos* en nuestra sociedad que no se identifican con los conocidos en épocas precedentes. La aparición de estos nuevos peligros, que suponen a su vez nuevas formas de agresión a bienes jurídicos ya tutelados penalmente o una intensificación en la gravedad de su ataque, requieren, conforme a la finalidad preventiva que cumple el Derecho Penal, que sean tenidos en cuenta en la regulación penal positiva, en la medida en que puedan ser generadores de vulneraciones a bienes jurídicos.

No obstante, al amparo de esta corriente moderna o intervencionista del Derecho Penal, los últimos años han puesto de manifiesto otra tendencia punitiva en el ámbito europeo a la que no se ha mantenido tampoco ajeno el Código Penal español de 1995<sup>3</sup>. Un movimiento político-criminal que ha contagiado las leyes de algunos ordenamientos penales y que se concreta en un agudo *endurecimiento* e *intensificación* de los mecanismos punitivos en la prevención de formas de criminalidad tradicionales. Especialmente significativa a este respecto ha resultado la profunda revisión que nuestro texto punitivo ha experimentado por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, y que acentúa las reformas que en esta cuestión se produjeron en el año 2003. Las reformas de ese año adoptaron ya una clara orientación hacia la agravación de las consecuencias jurídico-penales ligadas a la delincuencia clásica, con una especial intensificación en el uso de la pena privativa de libertad<sup>4</sup>, dirección que ha continuado la LO 5/2010. La incorporación paulatina de este paquete de medidas represivas ha encontrado su justificación, a los ojos de los ciudadanos, en la necesidad de conjurar los riesgos propios de la sociedad postmoderna que afectan a la seguridad de aquellos, es decir, vendría a ser

<sup>3</sup> Si bien no todas sus reformas tienen que ver con esta tendencia a la que nos referimos, es interesante destacar la "tumultuosa" vida que ha tenido el Código Penal español desde su aprobación por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En concreto, en un período de vigencia de 15 años, se ha visto modificado en 25 ocasiones, incluida la actual reforma por vía de la LO 5/2010, de 22 de junio.

<sup>4</sup> Destacan de este aluvión de leyes penales la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal; Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, por la que se incorporan al Código Penal los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por la que se modifican diversos preceptos del Código Penal.

una manifestación más de la modernización a la que aparece abocado el Derecho Penal el siglo XXI. En este caso, se dice, habría que actuar frente a los riesgos que provienen de un incremento generalizado de la violencia en nuestra sociedad y del temor a ser, por ello, víctima de estos hechos. No por nada del movimiento reformador del año 2003 surgió el así llamado “Código Penal de la Seguridad”; por su parte, la reforma del año 2010 puede considerarse, según opinión generalizada, “el Código Penal más duro de la democracia”<sup>5</sup>.

Es posible establecer, por tanto, como punto de arranque de esta reflexión, que la noción de riesgo ha asumido un puesto preferente en la configuración del actual modelo social de la modernidad avanzada, de manera que, paralelamente a la existencia de riesgos, aparece una impresión de inseguridad, más o menos sentida por el individuo, que resultaría necesario apaciguar<sup>6</sup>. Así, *riesgos* y su antónimo normativo *seguridad* son las ideas clave para entender la actual tendencia intervencionista del Derecho Penal *moderno*, de manera que este sector jurídico se ha convertido en el instrumento de respuesta aparentemente apto para hacer frente a las amenazas, reales o infundadas, patentes o invisibles, que caracterizan el momento histórico actual y calmar, de este modo, nuestros miedos e inquietudes.

Pero ni todo riesgo al que nos exponemos ha de proceder del mismo origen, ni tiene por qué revestir los mismos caracteres, ni necesariamente, por tanto, ha de existir una única respuesta para el sentimiento de inseguridad que conlleva. Aplicado al Derecho Penal: la pregunta es si la sensación de miedo o incertidumbre que invoca la intervención expansiva del Derecho penal obedece a las mismas causas-riesgos, es decir, proceden de la misma fuente

<sup>5</sup> Vives, T. *¿Estado democrático o estado autoritario? Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal*, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico, nº 4, 2008, p. 266, denominación con la que un conocido periódico español etiquetaba al Anteproyecto de reforma en caso de aprobarse finalmente. Curiosamente ese mismo día el mismo diario daba la noticia de que se había producido una disminución de la criminalidad en España.

<sup>6</sup> Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., p. 32. En sentido similar, si bien específicamente respecto de las amenazas de la sociedad tecnificada, Beck, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1998, p. 39, Mendoza, B. *Gestión de riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo*, en Da Agra, C./Domínguez, J./García, J./Hebberecht, P./Recasens, A.(Eds.): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, pp. 67 y 70.

y esto hace que deban englobarse en una concepción unitaria de Derecho Penal moderno; y, derivado de lo anterior, si las manifestaciones delictivas que tales riesgos pueden implicar exigen, en consecuencia, una solución unitaria puramente expansiva o, en su caso, respuestas diferenciadas en función de las características específicas que exhiben<sup>7</sup>. La pretensión de este trabajo es limitada, pues se centra en el primero de esos estadios, intentando perfilar los orígenes y contornos de los riesgos, así como las amenazas que puedan suponer para específicos bienes jurídicos merecedores de tutela penal. Delimitados estos aspectos, se hará referencia a algunos ejemplos de cómo los nuevos riesgos de la sociedad postindustrial han encontrado acomodo en el Código Penal español. A este respecto, conviene adelantar que se ha producido una equiparación errónea entre los riesgos y las inseguridades que avalan una concepción expansiva y modernizadora del Derecho Penal, en el que han acabado en el mismo saco situaciones en nada comparables y que plantean problemas particularizados para el Derecho Penal. Se dejará, no obstante, fuera de análisis que se presenta la discusión que plantea la introducción de estos riesgos en el Derecho Penal desde una perspectiva material, aspectos que hacen referencia a la legitimación y compatibilidad con las categorías jurídico-penales tradicionales que, por su amplitud y complejidad, merecen un tratamiento autónomo que no es posible abordar en esta ocasión.

## **1.- Riesgos y criminalidad: las diferentes caras de la inseguridad.**

### **1.1.- Globalización y sociedad del riesgo.**

#### **1.1.1.- Los caracteres de la sociedad de la postmodernidad.**

El tránsito del modelo social de la era industrial a la postindustrial ha encontrado en el intercambio de los flujos económicos de carácter global y en el elevado grado de desarrollo de los procesos tecnológicos sus condiciones de posibilidad, sin que estos fenómenos puedan compararse, ni en cantidad ni en intensidad, con ningún otro período histórico. Globalización y progreso técnico

<sup>7</sup> Vid. al respecto, Díez, J. *De la sociedad del riesgo...*, ob. cit., pp. 268-269; Mendoza, B. *Gestión de riesgo...*, ob. cit., pp. 81-82. En un sentido similar, aplicando la distinción al fenómeno general de la "criminalidad violenta", Robles, R. *Violencia y seguridad*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminnet.ugr.es/recp>, 06-rl (2004), rl:2.

son, pues, los pilares que sustentan el modelo social actual. No deja de sorprender las ventajas y oportunidades que esta evolución aporta en la mejora de nuestra calidad de vida y los grandes beneficios –no necesariamente en términos económicos– que reporta a la humanidad; aunque igualmente sorprende –o, al menos, debiera sorprendernos– el “lado oscuro” de estos fenómenos que acecha a la sociedad moderna hasta el punto de amenazar su propia existencia.

De acuerdo con el modelo teórico diseñado por Beck, la sociedad postindustrial en el ámbito de los países desarrollados se caracteriza por ser una “sociedad de riesgos” o “sociedad del riesgo”, una denominación que se contrapone al de “sociedad de la postmodernidad” y con la que se pretende reflejar las repercusiones que los procesos de globalización y progreso tecnológico tienen en el modo de entender las relaciones interpersonales, así como en el espacio físico-espacial en el que estas se desenvuelven. Superada la etapa industrial en el que el proceso productivo buscaba el reparto de riqueza, en la nueva modernidad la producción y el desarrollo técnico-económico implica inevitablemente la generación de riesgos y su consiguiente distribución<sup>8</sup>. Riesgos nuevos o que ya nos eran conocidos, pero que ahora poseen un potencial lesivo de una magnitud muy superior a antaño y que, si se materializan en daños, pueden llegar a afectar cualquier forma de vida con carácter *global*, con independencia del concreto lugar en el que se manifiesten<sup>9</sup>.

De las peculiares características de este conjunto de riesgos con los que hay que *convivir*, el modelo social actual también puede describirse, esencialmente,

<sup>8</sup> Beck, U. *La sociedad del riesgo...*, ob. cit., p. 25. Siempre han existido, en la historia de la humanidad, “riesgos”, pero como bien advierte Beck, tenía en otras épocas una connotación de coraje y aventura que tiene muy poco que ver con la posible autodestrucción de la vida en la tierra. Loc. cit., p. 27.

<sup>9</sup> Beck, U. *La sociedad del riesgo...*, ob. cit., p. 28 y 42. Por eso se habla de riesgos glociales, en donde lo global y lo local interaccionan, es decir, son riesgos que pueden manifestarse en un concreto lugar, pero cuyas eventuales consecuencias pueden alcanzar un ámbito universal. Los peligros para la salud, para la vida humana, la fauna, la flora y el medio ambiente en general, derivados de la producción y comercialización en masa de sustancias nocivas y productos defectuosos, de las experimentaciones genéticas, biológicas o con energía nuclear, de la continua degradación y catástrofes ecológicas, de los problemas de la sobreproducción y del exceso de residuos tóxicos..., han dejado de ser problemas puntuales de la zona geográfica donde comienzan a manifestarse para llegar, incluso a afectar al planeta en su conjunto.

como una “comunidad del miedo”<sup>10</sup> o una “sociedad de la inseguridad sentida”<sup>11</sup>, según la medida de quien se encuentra a merced de los riesgos “modernos” y sus eventuales efectos dañinos. En este sentido, las amenazas que nos inquietan provienen, en gran medida, de nuevas actividades humanas que surgen gracias al desarrollo tecnológico y que, en sí mismas, tratarían de buscar un mayor bienestar en diferentes ámbitos sociales<sup>12</sup>. El problema radica, no obstante, en las consecuencias colaterales de su puesta en práctica<sup>13</sup>, puesto que un error, un “fallo técnico” o una decisión equivocada en estos sectores de actividad, puede traducirse en cualquier momento en un daño de consecuencias nefastas capaz de extenderse a amplias regiones geográficas. La dimensión espacial del daño se amplía, pues lo que no hace mucho oíamos y veíamos por la prensa, la radio o la televisión que ocurría a miles de kilómetros de distancia, ahora no está fuera de lo posible que también nos alcance a nosotros. Somos conscientes, por tanto, de la procedencia humana del peligro, normalmente fruto de decisiones que otros individuos adoptan en el manejo de los avances técnicos y procesos de producción post-modernos<sup>14</sup>, pero desconocemos o resulta difícil precisar el momento en que sobrepasará la línea del *riesgo* para traducirse en concreto *daño*; se trata, por tanto, de peligros latentes. E ignoramos, igualmente, la magnitud del daño y el lugar en que se producirá, pues ya no parece estar sometido a límites físicos. Además, la propia estructura del binomio riesgo-daño impide en numerosas ocasiones establecer una relación directa entre la/s víctima/s, reales o potenciales, y el o los causantes de las consecuencias lesivas. Esto es debido a la complejidad de los mecanismos productivos y de gestión, que han dejado de estar bajo el dominio de una o varias personas para integrarse en un entramado de relaciones en el que la atribución de responsabilidades se diluye frecuentemente en una complicada red horizontal y vertical de distribución de funciones. Y, por esta misma razón, en ocasiones resulta sumamente complicado, no sólo descubrir la conexión entre el individuo/s que desencadenan el resultado, sino la causa exacta que ha motivado tales sucesos. Con todos estos factores, el ciudadano adquiere la

<sup>10</sup> Beck, U. *La sociedad del riesgo...*, ob. cit., p. 56.

<sup>11</sup> Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., p. 32.

<sup>12</sup> Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., p. 27; Mendoza, B. *Gestión de riesgo...*, ob. cit., p. 69.

<sup>13</sup> Díez, J. *De la sociedad del riesgo...*, ob. cit., p. 269.

<sup>14</sup> Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., p. 27.

impresión de *invisibilidad* frente al peligro, frente a su agente y frente al alcance de su repercusión<sup>15</sup>.

El cuadro expuesto debe completarse con otros dos ingredientes que colaboran directamente en la formación y arraigo de la sensación social de incertidumbre: por un lado, el bombardeo de mensajes a los que continuamente se ve sometida la ciudadanía, bien mediante canales de comunicación tradicionales, bien por medio de las nuevas tecnologías –principalmente Internet- con el alud de información a la que permiten acceder –de lo más variopinta y no siempre veraz-; y, junto a esta producción en masa propia de la era de la comunicación, la rapidez con que se suceden los cambios que afectan a nuestra vida cotidiana; creciente celeridad en las transformaciones ante las cuales el individuo apenas cuenta con tiempo –y, a veces, capacidad- para adaptarse y asimilarlas, sin saber a ciencia cierta las repercusiones que su conocimiento y utilización traerá para su labor profesional, vida privada o tiempo libre<sup>16</sup>.

## **1.2. La auténtica corriente “moderna” del Derecho Penal.**

Los rasgos que definen los riesgos adscritos a la evolución tecnológica y a la globalización económica y la correlativa difusión del sentimiento generalizado de inseguridad que generan<sup>17</sup>, han supuesto un incremento en el panorama social y político de los últimos años de las políticas preventivas, como base de la búsqueda de la seguridad perdida. Qué mejor manera de evitar que una amenaza se traduzca en daño que adelantándose, incluso, al surgimiento de la amenaza. De ahí que otra de las características representativas de la sociedad

<sup>15</sup> El carácter invisible del riesgo en la sociedad tecnológica es una de las tesis que plantea Beck para explicar su modelo teórico de la “comunidad del miedo”. En este sentido, vid., *La sociedad del riesgo...*, ob. cit., p. 28 y 59.

<sup>16</sup> En sentido similar, advirtiendo la creciente dificultad de adaptación a sociedades en continua aceleración, Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., p. 32.

<sup>17</sup> Cabe preguntarse si el panorama resulta tan dramático como se pinta, o si en realidad hablamos de inflación en el sentimiento de miedo, de tal manera que las amenazas e inseguridad real u objetiva no se corresponde con el nivel de temor o sentimiento subjetivo de inseguridad. Es evidente que el significado de los riesgos ligados a la era tecnológica y de la globalización siempre pueden ser manipulados por agentes de poder –y así sucede en numerosas ocasiones-, en la medida en que puedan resultar provechosos para sus intereses. Lo paradójico del caso es que, a diferencia de los riesgos propios de la seguridad ciudadana o de las calles de nuestras ciudades que, como se verá más adelante, tienden a ser sobrevalorados por encima de las estadísticas reales, en los riesgos de la sociedad del progreso técnico y científico se tiende a minimizarlos, es decir, a hacerlos aparecer menos graves de lo que realmente son.

del riesgo discurre por la línea de pretender anticiparse a todo peligro para evitar que ni siquiera surja<sup>18</sup>. Es así que ha aparecido en escena, como bien advierte Silva, el *Estado de la prevención* o *Estado vigilante*, propio de una sociedad que demanda una mayor presencia del poder público aun en detrimento de la esfera de libertad propia de los individuos<sup>19</sup>.

También el Derecho Penal, acorde con la función que se le asigna, se ha contagiado del afán preventivo de la sociedad del riesgo. Si la sociedad postindustrial hace surgir nuevas formas de ataque a bienes jurídicos que ya entraban dentro del ámbito de protección penal, o muta las agresiones que ya existían aumentando su gravedad, esto, en principio, debe justificar que el Derecho Penal revise sus contenidos y los adecue a las circunstancias de un mundo que poco tiene que ver con el de hace apenas medio siglo. Y esto puede deberse a dos motivos: bien porque los mecanismos de control penal tradicionales resulten insuficientes, o bien porque, simplemente, son inexistentes ante la presencia de nuevos fenómenos delictivos. Dado que el Derecho Penal cumple una función directa de protección de la sociedad a través de la prevención de delitos, es perfectamente razonable que *expanda* su órbita de influencia para abarcar las situaciones provenientes de los nuevos riesgos cuando den lugar a lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales<sup>20</sup>. De ahí que desde el último tercio del siglo XX en adelante, la intervención del Derecho Penal se ha ampliado a nuevas tipificaciones o ha intensificado las ya existentes, según las concretas manifestaciones de los riesgos que las sustentan. Y aquí radica, precisamente, la esencia de la

<sup>18</sup> Mendoza, B. *Gestión de riesgos...*, ob. cit., p. 75.

<sup>19</sup> Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., pp. 138-138; también el mismo: *Hacia el Derecho Penal del "Estado de la Prevención". La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal*>>, en el mismo (Dir.): *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevante e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 313. El aumento de las exigencias de seguridad en la sociedad del riesgo abre otro debate que no es posible tratar aquí, que hace referencia a la demanda generalizada de ampliación de nuestras cotas de seguridad en detrimento de la libertad o autonomía del individuo en su esfera propia de actuación que ello conlleva. Desde una perspectiva sociológica vid., por todos, Bergalli, R. *Libertad y seguridad. Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía*, en Losano, M./Muñoz, F. (Coords.): *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 59-77.

<sup>20</sup> Sigue el mismo razonamiento, Gómez, V. *Libertad, seguridad y "sociedad del riesgo"*, en Mir, S./Corcoy, M. (dirs.): *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2003, pp. 60-61.

modernización del Derecho Penal, en el sentido de intervención expansiva e, incluso en algunos casos, intensificadora respecto de nuevas realidades sociales.

En este sentido, y siguiendo a Mendoza, pueden identificarse tres grupos de expansión del Derecho Penal, si bien no siempre resulta clara la línea divisoria en cada caso<sup>21</sup>. Sería posible apreciar un primer grupo de situaciones relativas a los peligros derivados del progreso técnico y científico y que, de forma más o menos intensa, pueden incidir en la salud o mantenimiento de las condiciones de existencia del género humano. Manifestaciones en el Código Penal español de 1995, tras el cúmulo de reformas que ha sufrido desde su promulgación, serían, entre otros, los delitos relativos a la manipulación genética –arts. 159 a 162-, como expresión de los riesgos de las investigaciones biotecnológicas, los delitos referentes a la energía nuclear y radiaciones ionizantes de los artículos 341 a 345, algunos de los tipos penales sobre riesgo provocados por sustancias tóxicas o peligrosas –arts. 348 y 349-, algunos delitos contra la salud pública –art. 364, 365- o las vulneraciones a bienes jurídico-penales mediante algún tipo de manipulación informática –estafa por manipulación informática del y programas destinados a la estafa de art. 248.2, el delito informático del art. 270.3, el art. 197 sobre delitos contra la intimidad, delito de daños del art. 264.2 y art. 286 relativo al mercado y los consumidores, entre otros-.

En un segundo bloque concurrirían conductas que, total o parcialmente, eran reguladas por otros sectores del ordenamiento jurídico, fundamentalmente por el Derecho Administrativo sancionador, pero que por un cambio de valoración han pasado a incorporarse al Derecho Penal, endureciendo su regulación. Paradigma de estos casos serían los delitos contra el medio ambiente -arts. 325 a 331-, los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales –arts. 332 a 337- y, con mayor claridad, la mayor parte del contenido del llamado Derecho Penal Económico, como son gran número de los delitos relativos al mercado y los consumidores –arts. 278 a 288- o, con mayor claridad, el capítulo XIII del Título XIII, relativo a los delitos societarios, que sanciona, entre otras, determinadas

<sup>21</sup> Mendoza, B. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 41-42.

conductas que ya eran constitutivas de ilícitos civiles –imposición de acuerdos abusivos y adopción de acuerdos lesivos de los arts. 291 y 292, respectivamente, así como impedimento de los derechos de los socios del art. 293- o administrativos –la obstaculización de las labores inspectoras de la Administración del art. 294-.

Por último, aparecería un tercer sector relevante a efectos penales caracterizado por el propio fenómeno de globalización de la delincuencia, esto es, el carácter “aterritorial” que han adoptado formas de criminalidad que no resultan nuevas para el Derecho Penal. Aquí, sobre todo, entrarían en consideración aquellas disposiciones penales sobre criminalidad organizada que se manifiestan en diferentes ámbitos delictivos. Sirvan de muestra, a este respecto, las agravaciones de pena en algunos tipos, cuando el delito se comete en el marco de una organización: supuestos de tráfico de drogas –arts. 369 bis, 370.2º, 371.2 y 376-, blanqueo de capitales –art. 302.1-, organizaciones y grupos terroristas –art. 571- o delitos de terrorismo –arts. 572 a 580-. A este tercer grupo de situaciones pertenecerían, igualmente, las previsiones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; por primera vez reconocida en el Derecho Penal español mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, y que supone una modificación sustancial de la arraigada concepción dogmática española de que sólo los seres humanos pueden delinquir. En este sentido, el nuevo art. 31 bis regula las condiciones para la imposición de una pena a la persona jurídica, según un modelo de atribución penal conectado con la realización de un hecho de conexión por parte de unas determinadas personas físicas –los administradores de hecho o de derecho de la entidad-, si bien la aplicación de este sistema de sanción penal se condiciona a la previsión expresa en los delitos en los que así se establezca su aplicación<sup>22</sup>. Junto con esta previsión, el legislador penal español

<sup>22</sup> La reforma por LO 5/2010 introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los siguientes supuestos: los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis.3), de trata de seres humanos (art. 177 bis.7), relativos a la prostitución y corrupción de menores (189 bis), de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3, II), de estafa (art. 251 bis), de insolvencia punible (art. 261 bis), de daños (art. 264, 4), relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288, II), de blanqueo de capitales (art. 302, 2), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4, III); sobre la ordenación del territorio (art. 319.4), contra los recursos naturales y

ha dispuesto un sistema complementario al régimen de penas contra las personas jurídicas, por la vía de la imposición de “consecuencias accesorias” del art. 129 –previsión que ya era conocida con anterioridad a la reforma–, en los casos en los que la entidad carece de personalidad jurídica, es decir, en supuestos de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otro tipo de agrupación de personas. Este sistema de sanciones penales para los entes colectivos, que no se identifica con las penas criminales, se circunscribe al mismo ámbito de aplicación del art. 31 bis<sup>23</sup>, con la particularidad de que es operativo cuando la entidad implicada no posee personalidad jurídica, estableciéndose así unas condiciones de imposición de la sanción más laxas que las que regula aquel precepto.

Los problemas que la asunción de los nuevos riesgos de la era de la globalización plantea en el Derecho Penal, no son, ciertamente, fáciles de resolver. Aunque esta es una cuestión que queda fuera de la limitada pretensión de este trabajo, ya que su abordaje requiere una aproximación singularizada de cada uno de los aspectos conflictivos que suscita, conviene mencionar, brevemente, algunos de los interrogantes que surgen en esta faceta de modernización del Derecho Penal<sup>24</sup>. Por un lado, la propia idea de un

---

el medio ambiente (arts. 327 y 328.6 y 7), de riesgo catastrófico (arts. 343.3 y 348.3), relativos al tráfico de drogas (art. 369 bis, III), de falsificación de tarjetas de crédito y débito y de cheques de viaje (art. 399 bis), de cohecho (art. 427.2), de tráfico de influencias (art. 430), de corrupción en las transacciones internacionales (art. 445.2) y de financiación del terrorismo (art. 576 bis).

<sup>23</sup> El art. 129.2 establece que las consecuencias accesorias sólo podrán imponerse cuando así se prevea expresamente en el Código Penal, lo que parece indicar un ámbito de aplicación autónomo al sistema incriminatorio del art. 31 bis. No obstante, un repaso de los tipos delictivos del Libro Segundo del CP permite llegar a la conclusión de que el ámbito de aplicación de ambos preceptos es el mismo. La única salvedad la constituyen los tipos delictivos que no se han visto modificados con la LO 5/2010 y que ya contenían con anterioridad a la reforma una remisión expresa a la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias del art. 129 –pues esta era la vía de reacción punitiva contra los entes colectivos que existía en la redacción originaria del CP 1995–. Sin embargo, razones sistemáticas y, fundamentalmente, teleológicas de interpretación de la ley penal aconsejan un tratamiento penal diferenciado también en estos delitos en atención a que el colectivo implicado posea o no personalidad jurídica.

<sup>24</sup> Con carácter general, podrían identificarse tres corrientes doctrinales ante esta modernización del Derecho Penal: un primer grupo de autores ciertamente mayoritario –Gracia, Martínez-Buján, Gimbernat, Soto, Terradillos, entre otros–, han acogido favorablemente la modernización del Derecho Penal y no ven en ello ninguna vulneración ni a las garantías ni a los principios limitadores del *Ius Puniendi*. En todo caso, simplemente deben acomodarse algunos de los conceptos del Derecho Penal ante una nueva realidad social. En un segundo bloque se englobaría aquel sector de la doctrina que rechaza, en principio, rebajar garantías penales o adaptar algunas categorías y conceptos del Derecho Penal que se han ido perfilando desde la Ilustración. Frente a la necesidad de intervenir

*Derecho penal preventivo*, centrado en la misión de adelantarse, incluso ampliamente, a la lesión del bien jurídico, casa mal con una noción garantista ligada a los postulados del Derecho Penal de un Estado Liberal, en el que el uso del *Ius Puniendi* se legitima en la medida en que sirve para proteger exclusivamente bienes jurídicos y, más aún, se aprecie una lesión efectiva o puesta en peligro de los mismos –principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y principio de lesividad-. El adelantamiento de las barreras de protección penal ha hecho proliferar la tipificación de conductas catalogadas como delitos de peligro y, concretamente, de peligro abstracto, en los que se adelanta el ámbito de punición a fases que pueden llegar a estar muy alejadas del momento de lesión del bien jurídico.

Unido a lo anterior, a veces puede resultar complicado identificar si quiera el bien jurídico que se ve amenazado, puesto que junto a la tradicional protección de los bienes jurídicos de titularidad individual protegidos, se le suma la protección de otros bienes ya conocidos de carácter colectivo y, llamémosle, un tercer grupo de objetos de protección penal que han perdido sus contornos y resultan difícil de perfilar. Se cuestiona, así, la tutela de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que más tienen que ver con la protección jurídico-penal de determinadas funciones institucionales que de auténticos bienes jurídicos, con la consiguiente administrativización del Derecho Penal<sup>25</sup>.

---

debido a los problemas sociales que causa la sociedad de riesgo se plantean, entonces, otras alternativas, como son el conocido Derecho de Intervención propuesto por Hassemer, a medio caballo entre el Derecho Público y Privado, en el que no existan las penas privativas de libertad y se den menos exigencias en cuanto a las garantías materiales y procesales; o un Derecho penal de segunda velocidad defendido por Silva –que no es más que una reformulación de la tesis de Hassemer-, con penas próximas a las del Derecho Administrativo sancionador y con una flexibilización de los criterios de imputación y las garantías políticocriminales. Y encontramos una tercera postura –Mendoza, Cerezo- de total resistencia a cualquier intento modernizador del Derecho Penal, ya sea flexibilizando garantías y categorías, ya sea creando alguna forma intermedia de intervención como la propuesta por los dos autores anteriores. A este respecto, el Derecho Penal no sería el instrumento adecuado para hacer frente a las exigencias de la sociedad del riesgo, desnaturalizando su contenido en defensa de una pretendida eficacia, pues se corre el riesgo de que se convierta en un mero Derecho Penal simbólico. Para una exposición de estas corrientes, con bibliografía al respecto, vid. por todos Díez, J. *De la sociedad del riesgo...*, ob. cit., pp. 272-275.

<sup>25</sup> En este sentido, en cuanto a la protección de contextos, cada vez más genéricos, en detrimento de los bienes jurídico-penales individuales, y la consiguiente administrativización del Derecho Penal, Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., pp. 123 y 138-141.

Finalmente, un último elemento discordante en este nuevo Derecho Penal aludiría a su compatibilidad con las exigencias dogmáticas y constitucionales que conforman la Teoría del Delito, desarrollada bajo el paradigma de los tradicionales delitos contra la vida. Las nuevas formas de criminalidad que alimenta la globalización y la complejidad en la dinámica comisiva que llegan a alcanzar los ataques a los bienes jurídicos individuales y colectivos, tradicionales y de nuevo cuño, exigen ineludiblemente una revisión de determinadas categorías penales asentadas en el tiempo, como el dolo, la imprudencia o la culpabilidad. Igualmente, el protagonismo que las organizaciones y personas jurídicas han adquirido en la criminalidad actual, tanto desde el punto de vista de la proliferación de organizaciones criminales, como de la implicación en el delito de entidades reconocidas legalmente para llevar a cabo una actividad lícita, conlleva a que no siempre la tradicional comprensión de las reglas de la autoría y participación ofrecen una respuesta satisfactoria en el caso concreto. Las dinámicas comisivas al amparo de este tipo de estructuras organizativas, en muchas ocasiones con un entramado organizativo tremendamente complejo, obliga a un replanteamiento normativo de los criterios de atribución de responsabilidad penal a los miembros de la organización o sociedad, situados en diferentes niveles de jerarquía. En este tipo de fenomenología delictiva, cobra igualmente relevancia la figura de la comisión por omisión, con las dificultades dogmáticas que encierra.

Pero, por otro lado, además de los problemas que plantea la aparición y consolidación de estas dinámicas comisiva desde el punto de vista de la atribución de la responsabilidad penal a las personas físicas, surgen otros no menos importantes en atención a la propia persona jurídica o ente colectivo, es decir, de qué manera, frente a las necesidades político-criminales de reacción punitiva, puede desarrollarse una fundamentación teórica dogmáticamente admisible de su capacidad criminal en una disciplina jurídica de marcado carácter antropocéntrico.

En definitiva, estos y otros aspectos problemáticos son algunos de los retos a los que se enfrenta la doctrina especializada y la labor de los órganos judiciales, frente a los que deben centrarse los esfuerzos para conseguir la adecuada renovación penal a la que se apela con la así llamada modernización del Derecho Penal.

## 2.- Marginalidad y delito.

### 2.1.- La otra cara de la globalización económica.

Existe otra faceta de la sociedad postindustrial que hasta fechas recientes pareció relegada a un segundo plano en el análisis de su repercusión social. El nombre apropiado para denominar a esta otra visión de la sociedad postindustrial sería el de *sociedad de la exclusión*, *sociedad de la marginación* o, como define Bergalli, *sociedad de dos tiempos*<sup>26</sup>; aspecto que, a mi entender, debe considerarse uno de los efectos negativos de primera magnitud de la mundialización técnico-económica.

La apertura y globalización de las redes económicas favorecida por los nuevos canales de telecomunicación, el desarrollo y continuo incremento de las transacciones económicas internacionales, la posibilidad de llevar a cabo importantes movimientos de capitales cómodamente desde nuestras casas y cuyo destino puede ser, perfectamente, el otro extremo del planeta, las aplicaciones en el ámbito social de los avances científicos, etc., ocasionan un elevado nivel de beneficios y de acumulación de riqueza ... pero a la que desgraciadamente sólo tienen acceso unos pocos privilegiados. Lo que se conoce como globalización tiene realmente un ámbito geográfico bien definido, en el que los núcleos de poder se concentran en torno a tres regiones, fundamentalmente: Unión Europea, Estados Unidos y Japón. Fuera quedan los que no se han subido al carro del progreso, de las reglas del neoliberalismo y de la competitividad, simplemente por carecer de las infraestructuras y medios para hacerlo realidad. Globalización y progreso no sólo mantienen, sin apenas excepciones, la misma división que ya existía en el planeta entre los llamados países ricos y pobres –o entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, lo que en estos últimos casos no es muchas veces más que un eufemismo- sino que la agrava, ampliando la brecha que perduraba anteriormente. Esta es la otra cara de la globalización, su “cara B”, la de la agudización de las desigualdades donde el que ya tenía se enriquece más y el que tenía poco se queda con menos o con nada. Para

<sup>26</sup> Bergalli, R. *Libertad y seguridad...*, ob. cit., p. 71.

estos últimos queda la marginación y la exclusión de un nuevo orden económico que ha colapsado como demuestra la grave crisis económica a la que ha conducido, y que, aunque se le dice globalizado es geográficamente local<sup>27</sup>. O, en todo caso, la esperanza de salir de su tierra y llegar a uno de esos países afortunados, atraídos por la promesa de una vida algo mejor que la que disfrutaban.

No obstante, tampoco es necesario mirar fuera de las fronteras del grupo de privilegiados para advertir que el mismo proceso de exacerbación de las diferencias sociales se produce dentro de su propio territorio. La posibilidad de poder concentrar rápidamente riqueza en manos de unos pocos por medio de negocios especulativos, en los que ya no es necesario aplicar la ecuación capital-trabajo, produce por contraposición a este enriquecimiento una expansión de la miseria en las zonas menos favorecidas de las ciudades y sociedades de los países postindustriales, de tal manera que, a pequeña escala, se reproduce el esquema entre países ricos y países pobres<sup>28</sup>.

También desde esta perspectiva de la sociedad excluyente surgen riesgos; y también frente a ellos, se dice, el ciudadano participa de una clara sensación de inseguridad, pero esta vez de naturaleza muy diferente, más inmediata o directa<sup>29</sup>. En un contexto social ya agitado de por sí respecto de cuestiones prioritarias para el ciudadano como son el empleo, la vivienda o la prestaciones sociales, se le une el temor, cada vez creciente, a ser víctima directa de un delito, a ser agredido en las calles de su propia ciudad e, incluso, de su barrio. Ya no se alude a la posibilidad de verse afectado por las consecuencias fatales que se derivan de un proceso productivo peligroso o de la ingesta o contacto con una sustancia nociva. Los peligros, por tanto,

<sup>27</sup> Es bastante irónico hablar de “globalización” desde el punto de vista de sus logros positivos –que por supuesto los tiene-, puesto que no todos son los beneficiarios de estas ventajas, sino sólo unos pocos afortunados; por el contrario, parece más correcto hablar de globalización desde sus repercusiones directas o colaterales –según se mire- que se han mencionado en el apartado anterior, como globalización respecto de los riesgos y los daños en que puede traducirse.

<sup>28</sup> Vid. Bergalli, R. *Libertad y seguridad...*, ob. cit., p. 71.

<sup>29</sup> Por supuesto, al igual que en los riesgos de la sociedad tecnificada, la impresión de miedo e incertidumbre puede basarse en causas reales o generarse por circunstancias ficticias o manipuladas. Más adelante, se precisarán los factores que influyen a la hora de configurar esa sensación de “inseguridad ciudadana”.

de la sociedad de dos tiempos o de las desigualdades sociales revisten unos elementos propios que los diferencian de esa otra representación de la nueva modernidad como sociedad tecnológica global.

En todo caso, creo posible partir de un punto común, y es que los riesgos de la globalización y de la marginación tienen un mismo origen, un comportamiento humano, aunque la significación en uno y otro fenómeno resulta bien distinta. En este último caso, ya no se habla de la incertidumbre que se deriva de las consecuencias secundarias o colaterales del progreso técnico, científico y financiero, sino precisamente lo contrario, de la inseguridad que surge fruto del efecto directo que causa la pobreza, la marginación y la exclusión social. Aquí no se está tampoco ante el miedo de que un error o descuido humano desencadene un proceso de efectos desastrosos, es decir, no es la amenaza que procede de la decisión de un ciudadano que es “otro igual que yo”, sino la amenaza que supone el “otro” en sí mismo, otro que no es como nosotros porque es un no-incluido en el sistema. Por eso mismo la niebla que rodea la relación autor/víctima y causa/daño entre todo un complejo entramado de tareas, funciones y cadenas de responsabilidad se despeja para dar paso a un cara a cara entre el ciudadano y ese “otro” que ya es completamente visible a nuestros ojos. Es así una relación física directa entre el causante y el receptor del daño, sin intermediarios. Y, tal vez, por eso mismo, son peligros y, a su vez, inquietudes que el individuo se encuentra con menor disposición a tolerar o con las que convivir, puesto que resulta posible identificar –acertada o erróneamente- la fuente de nuestros miedos y, en consecuencia, contra quién se debe reaccionar<sup>30</sup>.

Además, estrechamente unido a lo anterior y desde un plano estrictamente penal, en los riesgos que se derivan de la sociedad de la inseguridad ciudadana parece difícil hablar de la aparición de consecuencias lesivas o de situaciones de peligro que proceden de un cúmulo de desatenciones o fallos técnicos o de previsión, pero que tienen mayoritariamente origen en actividades admitidas

<sup>30</sup> Al margen de la presión que llevan a cabo determinadas plataformas o movimientos sociales, es cierto que existe una actitud mucho más pasiva o, si se quiere, resignada, frente al deterioro y destrucción que conlleva el progreso técnico, pues da la impresión de que lo vemos como sucesos que están fuera o, al menos, muy alejados de nuestra posibilidad de influencia.

social y jurídicamente –lo que plantea la duda de si y cómo el Derecho Penal puede intervenir en caso de que conlleven vulneraciones a bienes jurídicos-, sino de un tipo de comportamientos que ya de por sí no son socialmente adecuados y mucho menos desde una perspectiva jurídica, puesto que su realización no supone, en abstracto, ninguna mejora de contenido social. Y de la misma manera, el prototipo de conducta que va a ser relevante para el Derecho Penal no se orienta a una imprudencia o un cúmulo de negligencias –aunque también los riesgos de la sociedad tecnológica se manifiesten, evidentemente, como criminalidad dolosa, sobre todo la financiera-, sino que aquí el peligro y la necesidad de oponerse a él es porque se trata de actuaciones esencialmente intencionadas, es decir, un tipo de criminalidad fundamentalmente dolosa.

## **2.2.- El discurso del Derecho Penal de la Seguridad Ciudadana: algunas claves.**

La presencia de los riesgos que, según se han descrito en las líneas precedentes, parecen poblar las calles de nuestras ciudades, hace surgir correlativamente en el ciudadano un sentimiento de inseguridad, quizá incluso superior a la que proviene de los riesgos técnicos y que clama por ser apaciguada<sup>31</sup>. De ello tendrían la culpa los “otros”, los que no son como nosotros: inmigrantes ilegales, drogadictos, parados, mendigos, inadaptados sociales, enfermos mentales... Frente a ellos, la solución que ofrece el actual discurso político y social pasa por aplicar todo el rigor punitivo, endureciendo e incrementando los mecanismos que pone a disposición la ley penal.

Sin embargo, para el Derecho Penal no se está en presencia de un fenómeno nuevo o desconocido. Pues no hay criminalidad más tradicional o común que la que tiene su procedencia en el hecho de pertenecer a las capas más desfavorecidas de la sociedad. De sobra es conocido que de la pobreza y la marginación al delito sólo hay un paso, pues cuando se carece de lo necesario para vivir, es fácil caer en la tentación delictiva. Estos “riesgos” que se presentan como fruto de la Postmodernidad no suponen, por tanto, ninguna

<sup>31</sup> Y, paradójicamente, con un potencial lesivo, cuantitativa y cualitativamente hablando, muy inferior al que se derivan de los peligros de la utilización de los avances tecnológicos.

novedad. Lo “nuevo” de este panorama es, sin embargo, dos visiones en cuanto al modo de percibir y comprender la criminalidad a que da origen. Una, que podría considerarse de índole *social*, hace referencia a la virulencia con que se quiere presentar la comisión de estos delitos y su creciente presencia en nuestra sociedad. Este modo de mostrar la realidad trae como consecuencia el que la colectividad perciba que los medios utilizados hasta el momento resultan insuficientes e ineficaces para contener la “avalancha” de delincuencia. Es decir, el ciudadano adquiere conciencia de que algo “falla” o “no sirve” y, por tanto, exige una respuesta pronta y efectiva. Pero desde una perspectiva *político-criminal*, también resulta innovador, en segundo lugar, la repercusión que dichas demandas sociales de seguridad han supuesto para la determinación de las políticas penales de los últimos años, que en gran medida han desviado su atención de la seguridad frente a la sociedad del riesgo para centrarla, fundamentalmente, en una política legislativa de “lucha” o “cruzada” contra la criminalidad tradicional.

La confluencia de ambas visiones han desembocado en un proceso de afianzamiento del llamado discurso del Derecho Penal de la Seguridad ciudadana que no resulta una mera propuesta o tendencia aislada, sino que ha contagiado las reformas penales de los Códigos Penales de nuestro entorno más inmediato —léase, Unión Europea<sup>32</sup>. En efecto, la Política Criminal que ha inspirado las reformas recientes de los Códigos Penales de nuestro entorno se basa en una intensificación y endurecimiento de las consecuencias penales vinculadas a la delincuencia callejera, la asociada a los movimientos de inmigración, la procedente de los menores, organizaciones criminales, la delincuencia sexual, los maltratos y el terrorismo, principalmente. La misma dirección ha tomado la Política Criminal en España<sup>33</sup>, que en la

<sup>32</sup> Es curioso, en efecto, cómo la búsqueda de la homogeneización perseguida en el ámbito comunitario no pasa por minimizar la presencia del Derecho Penal, sino precisamente por todo lo contrario. Tendencia, además, que no es sólo parcial en lo que a temas de seguridad ciudadana se refiere, sino que se generaliza a cualquier materia que entre dentro del ámbito de actuación del Derecho Penal. Lo común para todos parece que deba ser lo máximo, de tal manera que se puede observar una equiparación al alza, incrementando la intervención penal en los países en que ésta no es tan intensa para adecuarla con la de los más intervencionistas. En este sentido, Silva, J./Felip, D./Robles, R./Pastor, N. *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en Da Agra, C./ Domínguez, J./García, J./Hebberecht, P./Recasens, A.(Eds.): *La seguridad...*, ob. cit., p. 131.

<sup>33</sup> En realidad, como afirma Paredes, hoy es casi imposible discutir de Política Criminal sin que estén presentes los conceptos de riesgo y seguridad, algo que se ha convertido en un tópico común

última década ha conocido dos reformas trascendentales que son buen exponente de esta otra cara de la “modernización” del Derecho Penal, específicamente de la mano de las reformas introducidas en el año 2003, así como de la profunda reforma que ha supuesto la LO 5/2010, de 22 de junio.

Ahora bien, ¿cómo se ha producido el salto desde la constatación de los riesgos ciudadanos a la presentación del discurso del Derecho Penal de la seguridad ciudadana? ¿Cuáles son los factores que lo han propiciado? En verdad, la explicación de su aparición y arraigo requeriría un análisis más complejo del que permite este trabajo, según han reflejado excelentemente otros autores<sup>34</sup>. No obstante, creo que merecen destacarse, al menos, tres influjos en este proceso estrechamente interdependientes: el papel de los medios de comunicación, de los grupos de poder y del poder político.

### **2.2.1.- Variables de influencia en la presentación del discurso del Derecho Penal de la seguridad ciudadana.**

a) *Medios de comunicación*: Los medios de comunicación ostentan una posición preferente a la hora de configurar la percepción que el ciudadano posee de la realidad. En este sentido, además de la proliferación de programas de corte sensacionalista, los espacios informativos destacan por el modo de afrontar la noticia, en especial si tiene como objeto la seguridad de la ciudadanía. Si se observa la selección de noticias que llevan a cabo, se advierte que de entre todos los sucesos que diariamente se producen, acaparan la atención los especialmente violentos o cruentos, con un uso desmesurado del dramatismo, del morbo e, incluso, del mal gusto<sup>35</sup>. Con

---

de cualquier formación política. En *La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal*, Eguzkilore, nº 20, 2006, p. 130.

<sup>34</sup> Vid. por todos, el excelente estudio realizado por Díez, J. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc>, 06-03 (2004). También, al respecto, el mismo: *De la sociedad del riesgo...*, ob. cit., especialmente pp. 276-290; el mismo: *La política criminal en la encrucijada*, BdF, 2007, en especial capítulos IV y VI. Igualmente son significativos los estudios de Del Rosal, B. *¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recp>, 11-08 (2009) y de Paredes, J. *La seguridad como objetivo político-criminal...*, ob. cit.

<sup>35</sup> Es revelador, en este sentido, el estudio presentado por Soto, quien ha analizado, durante el periodo de tiempo comprendido entre el año 2001 y 2003 el tratamiento que tienen los medios de comunicación de la delincuencia y el modo en que esto influye en la percepción social del fenómeno

ello se hace hincapié en la gravedad de la situación –cada vez *peor*- y en la consecuente necesidad de una actuación contundente e inaplazable, algo que en mayor o menor grado –dependiendo del individuo concreto- se interioriza por el ciudadano en la medida en que el lenguaje comunicacional introduce juicios valorativos desde el momento en que se ha seleccionado una noticia<sup>36</sup>.

En consecuencia, lo trascendente de la difusión informativa no es que se nos presente la existencia de violencia en nuestra sociedad, algo que como advierte Hassemer ni es cuestionado ni puede modificarse por ser consustancial a la existencia de la propia sociedad, sino que inculca en el ciudadano una determinada percepción del fenómeno delictivo y, además, modula su actitud frente a éste<sup>37</sup>, con total independencia de la incidencia real que tengan según estadísticas elaboradas con seriedad<sup>38</sup>. Así, la frecuencia con que los medios de comunicación falsean y manipulan los datos e identifican la comisión de un tipo de criminalidad que hiere especialmente la sensibilidad social con determinados sectores de población, va más allá de la transmisión objetiva de noticias para convertirse en un ideario sobre la delincuencia, estableciendo estereotipos y afianzando prejuicios<sup>39</sup>. Y la fuerza con que tales argumentos llegan al ciudadano, van consolidando la impresión de que el incremento de la delincuencia se debe a alguien distinto y/o ajeno a la mayoría de la ciudadanía<sup>40</sup>.

---

por el ciudadano. En Soto, S. *La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia*, Revista de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc>, 07-09 (2005).

<sup>36</sup> Fuentes, J. *Los medios de comunicación y el Derecho Penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://www.criminet.ugr.es/recpc>, 07-16 (2005), p. 16:5.

<sup>37</sup> Hassemer, W. *Persona, mundo y responsabilidad...*, ob. cit., p. 19. Similar, Landrove, G. *El Derecho Penal de la "seguridad"*, La Ley, 2003-4, p. 1925, quien destaca que la consolidación del sentimiento de inseguridad por parte de los medios de comunicación no es siempre de manera inocente.

<sup>38</sup> La situación delictiva que ofrecen los medios de comunicación es cuantitativamente muy superior a la que realmente existe, lo que hace distorsionar la inseguridad ciudadana objetiva frente a la inseguridad sentida por el ciudadano. Cfr. Paredes, J. *La seguridad como objetivo político-criminal...*, ob. cit., p. 133. Una comparación entre los datos reales de criminalidad y la percepción sobre la misma que difunden los medios de comunicación puede verse en Soto, S. *La influencia de los medios...*, ob. cit., pp. 07:29-07:41.

<sup>39</sup> Zúñiga, L. *Viejas y nuevas tendencias polítocriminales en las legislaciones penales*, en Berdugo, I./Sanz, N. (Coords.): *Derecho Penal de la Democracias versus Seguridad Pública*. Granada: Comares, 2005, p. 104.

<sup>40</sup> Fuentes, J. *Los medios de comunicación...*, ob. cit., p. 16:17.

*b) Grupos de poder y partidos políticos:* Pero la distorsión en la percepción social del delito no es responsabilidad aislada de los medios de comunicación. En realidad, la dirección que adoptan los *mass media* en su labor comunicativa viene dirigida por los intereses que los agentes de poder y partidos políticos pretenden defender. Con razón se habla de matrimonio en los últimos tiempos entre los medios de comunicación y los grupos de poder. Puesto que vivimos en la era de la comunicación, mejor dicho, de la comunicación *global*, quien quiera poseer el dominio de las redes económicas y de poder, deberá mantener como condición primordial el control de los medios de comunicación<sup>41</sup>. No sólo los medios en sí, sino principalmente el propio proceso comunicativo hacia la colectividad. La selección de noticias y su presentación no es fruto del azar. El mensaje que se transmite, ya sea explícita o implícitamente, surge de las exigencias de los agentes económicos que manejan a su gusto las redes de poder. Exigencias que se transforman en imágenes e ideas en los espacios informativos y con las que se “alimentan” a la población.

Pero si los grupos de poder diseñan la visión de la realidad delictiva que quieren hacer llegar al ciudadano, y los canales mediáticos son su cauce de transmisión, los partidos políticos son, a su vez, configuradores de la opinión pública y receptores de la misma. Configuradores, por cuanto que el discurso ofrecido por los grupos de poder, se adscribe, claramente, a una determinada ideología política, que oscila entre la del partido que esté en el Gobierno o el de la oposición. Y, a su vez, receptores de la opinión pública, que ante la aparente deplorable situación securitaria de las ciudades demanda y presiona al poder político para una actuación política rápida y eficaz, lo cual se introduce en la agenda política de todos los partidos como arma fundamental de uso en época electoral. Se demanda, por tanto, seguridad, y se oferta consecuentemente seguridad, real o ficticia, dirigidas a actuar, a la vez, como bálsamo del miedo social y clave del éxito político<sup>42</sup>. Y qué mejor manera que alcanzar ambos objetivos que activando el “brazo armado” del Estado, es decir, más Derecho Penal y más represión penal.

<sup>41</sup> Zúñiga, L. *Viejas y nuevas tendencias...*, ob. cit., p. 104.

<sup>42</sup> ¿O acaso nuestros políticos fomentan la difusión irracional del incremento de los índices de criminalidad vinculada a la marginación para legitimar sus programas políticos? Pues conforme a una adecuada política empresarial, si se quiere vender un producto, primero habrá que crear en los individuos la necesidad de su utilización.

Es curioso observar, además, que el discurso de la seguridad ciudadana y la utilización del Derecho Penal como solución, parece haber perdido su tradicional etiqueta política conservadora para convertirse en causa común a toda fuerza política que quiera hacer un “buen papel” en época de elecciones<sup>43</sup>. Dado un paso hacia la intensificación de la presencia penal en ámbitos de criminalidad “molestos” para la clase ciudadana con presencia electoral –la clase media y alta-, nadie se atreve a desandar el camino, a demostrar un signo de debilidad haciendo algún tipo de concesión al delincuente, so pena de morir electoralmente<sup>44</sup>.

### **2.2.2.- La Política Criminal de Derecho Penal de la seguridad ciudadana y su reflejo en el Código Penal español.**

En este contexto político y social trazado en sus líneas básicas y común tanto a España como a otros países europeos, debemos integrar las actuales tendencias político-criminales surgidas del discurso de la seguridad ciudadana. Las reformas políticocriminales del siglo XXI han olvidado su ideología para buscar el voto popular. Es el propio ciudadano quien, por medio de sus exigencias, marca las pautas de la estrategia a seguir, -más represión penal y más actuación policial-, eliminando en la cadena el eslabón de los expertos y especialistas que son los que poseen los conocimientos adecuados para valorar la consistencia de las apelaciones populares<sup>45</sup>. Hemos entrado, por tanto, en el terreno del *populismo punitivo*. Ahora el ciudadano es quien decide directamente el contenido de la ley penal, aunque se trate de una toma de postura irracional basada en la más pura emotividad<sup>46</sup>. El poder político, por el contrario, se convierte únicamente en gestor de las demandas

<sup>43</sup> Una reflexión sobre el cambio de papel que ha adoptado la “izquierda” política tanto en España como a nivel comparado puede verse en Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., pp. 69-73. Específicamente sobre la situación española, Cancio, M. *De nuevo: ¿“Derecho Penal” del enemigo?*, en Jakobs, G./Cancio, M. *Derecho Penal del enemigo*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, pp. 101-107.

<sup>44</sup> Fuentes, J. *Los medios de comunicación...*, ob. cit., p. 16:43. No hay más que comparar el cúmulo de reformas penales del año 2003 del Código Penal de la seguridad ciudadana, cuyo promotor fue el Partido Popular con la reforma por medio de la LO 5/2010, impulsada por el Partido Socialista, en la que la tónica general es mantener e, incluso, intensificar el espíritu represivo que inspiró las modificaciones del año 2003.

<sup>45</sup> Díez, J. *El nuevo modelo...*, ob. cit., p. 03:11; el mismo: *La política criminal en la encrucijada...*, ob. cit., p. 79.

<sup>46</sup> Fuentes, J. *Los medios de comunicación...*, ob. cit., p. 16:41.

ciudadanas, transformando la decisión popular en Derecho vigente y obteniendo, por su pronta labor, un rédito electoral. Y el procedimiento de tramitación de la ley penal se convierte en un trámite, ausente de toda reflexión, debate, análisis y rigor, cuyo producto final es una ley penal rápida y oportuna para agradar a la opinión pública<sup>47</sup>. De esta forma, el Derecho Penal pasa a convertirse en el instrumento político electoral por excelencia, aun a riesgo de olvidar la función que está llamado a cumplir y encubrir la realidad del problema sobre el debate de la seguridad ciudadana.

Al confundir Derecho Penal con Política e intentar hacer creer que la mera promulgación de la ley penal, por sí sola, ya va a resolver los conflictos sociales, se entra además, desde un punto de vista formal, en el peligroso terreno del *Derecho Penal simbólico*, no en un sentido positivo y legítimo consustancial al Derecho Penal, sino al más puro estilo de “efecto balsámico”, duramente criticado por la doctrina. De tal manera que el poder político ofrece de cara a la galería la “impresión” de que se hace algo, de que se está preocupando por el problema y de que aporta con eficacia y prontitud la respuesta al mismo. Con la reforma penal el poder político ofrece el “remedio milagroso” a nuestros males y permite aplacar, aunque sólo sea por un breve tiempo, los sentimientos de histeria inseguritaria de la opinión pública<sup>48</sup>.

Por otro lado, en cuanto al contenido de la reformas de los años 2003 y 2010 del Código Penal español y cuyo lema principal se condensa en la frase “barrer la basura de nuestras calles”<sup>49</sup>, expresa fielmente las actuales políticas de *ley y orden* –*law and order*- que han teñido los ordenamientos

<sup>47</sup> En el mismo sentido, Díez, J. *El nuevo modelo...*, ob. cit., pp. 03:10-03:12; González, J. *La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal*, en Revista Jurídica Galega, 2003, p. 19, Zugaldía, J. *Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho (A propósito del “Código Penal de la Seguridad” y el pensamiento funcionalista*, en Octavio, E./Gurdiel, M./Cortés, E. (Coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 1122.

<sup>48</sup> Sobre el denunciado efecto simbólico del Derecho penal de la seguridad ciudadana, vid. por todos, Cancio, M. *De nuevo: ¿“Derecho Penal del enemigo”?*, ob. cit., pp. 95-96 y pp. 108-110. Sobre el efecto simbólico de la ley penal, con carácter general, y su repercusión en los fines de la pena, vid. el trabajo de Díez, J. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. Actualidad Penal. Nº 1. 1 al 7 de enero de 2001, pp. 1-22.

<sup>49</sup> Con esta expresión tan poco afortunada se expresaba el presidente del Gobierno español para hacer referencia a la iniciativa legislativa del Código penal de la seguridad y que se concretó en la presentación del “Plan de lucha contra la delincuencia” ante el Congreso el 12 de septiembre de 2002.

jurídico penales de uno y otro lado del charco. De lo que se trata es de restablecer el orden perdido que se ha visto alterado por el incremento inaceptable de la pequeña delincuencia habitual debido a la presencia en las calles de bandas juveniles, a los delitos que comete la inmigración ilegal, a la proliferación de mendigos y pobres, a las diversas manifestaciones de comportamientos marginales y asociales, etc. La actuación prioritaria de los poderes públicos consiste, por tanto, en reprimir los desórdenes del *populacho* a través de una política sin concesiones a la delincuencia que perturba la tranquilidad de la clase media y alta, ya que esta es la que forma el grueso del cuerpo electoral. La doctrina de *tolerancia cero* –*Zero tolerance*–, sigue así las pautas que han venido marcando las decisiones político-criminales de los Estados Unidos, epicentro de toda esta filosofía punitiva que rápidamente se ha extendido como la pólvora por los países del continente europeo, según ha sido certeramente descrito por Wacquant<sup>50</sup>. Gráficamente se expresa por medio de la teoría de las “ventanas rotas” –*broken windows*–: el origen de la conflictividad social y de las grandes patologías criminales estaría en los pequeños desórdenes cotidianos de nuestras calles. Para volver a restablecer la “calidad de vida”, el problema debe ser atacado de raíz mediante un hostigamiento permanente a los agentes que los provocan, mediante un incremento de medidas represivas, policiales y penales<sup>51</sup>. Pues si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello induce más a entrar a los ladrones que una casa bien pintada, que da imagen de solidez y no tiene desperfectos aparentes.

En el ámbito de la dogmática penal, la comprensión conservadurista y represiva de estas doctrinas ha hecho surgir el debate de si estamos ante el surgimiento de un modelo de Derecho Penal cuyo objetivo es la lucha frente al “otro” que no es un ciudadano, que es el *enemigo* a combatir, es decir, un *Derecho Penal del enemigo* que viene siendo rechazado con contundencia por la doctrina alemana y española por ser manifestación de la vuelta a un

<sup>50</sup> Sobre el proceso de asunción de las teorías represivas estadounidenses a nuestro entorno geográfico, especialmente revelador, Wacquant, L. *Las cárceles de la miseria*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 101-156.

<sup>51</sup> Wacquant, L. *Las cárceles de la miseria...*, ob. cit., p. 23.

Estado totalitario<sup>52</sup>. Pero sea como fuere la negativa teórica a la legitimidad de este modelo penal y a considerarlo auténticamente como Derecho Penal, lo cierto es que no ha evitado la propagación de las corrientes polítocriminales de ley y orden y tolerancia cero –lo que vuelve a subrayar el hecho de que cada vez los expertos penales pintan menos en el proceso reformador de la ley penal-, ni que el Código Penal español haya plasmado su mensaje mediante las reformas penales de la última década<sup>53</sup>.

En el llamado *Código Penal de la seguridad ciudadana*, surgido tras el conjunto de leyes de reforma del año 2003<sup>54</sup> a golpe de inquietud de determinados agentes sociales, se podía advertir una clara orientación hacia la lucha contra el “otro” o contra el “enemigo”. Esta cruzada se centró entonces, con especial intensidad, en el ámbito de las consecuencias penales a través de

<sup>52</sup> Es el profesor Jakobs quien ha desarrollado las bases teóricas del así llamado “Derecho Penal del enemigo” en contraposición al “Derecho Penal del ciudadano”. Para este autor, el Derecho penal del ciudadano es el “Derecho de todos” que mantiene la vigencia de la norma, mientras que el Derecho penal del enemigo sería el de aquellos que forman el enemigo y que es “sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”. Se caracterizaría este Derecho Penal del enemigo, según Jakobs, por tres elementos: 1.- un amplio adelantamiento de la punibilidad, pues en este ámbito el punto de referencia no es el hecho pasado, sino el hecho futuro; 2.- las penas previstas en este ámbito son desproporcionadamente altas, de manera que el adelantamiento de la barrera de punición no es relevante a la hora de reducir la pena; 3.- determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. En todo caso, la defensa de este sector “duro” del Derecho Penal se defendería, con carácter excepcional, para casos tasados, principalmente en materia de terrorismo. En Jakobs, G. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, en Jakobs, G./Cancio, M. *Derecho Penal del enemigo*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2006. Para una visión opositora al Derecho Penal del enemigo, con exhaustiva bibliografía alemana y española, vid. por todos, Cancio, M. *De nuevo: ¿"Derecho Penal del enemigo"?*, ob. cit., especialmente p. 110 y ss.; Demetrio, E. *El "Derecho Penal del enemigo" darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho Penal del enemigo" y la idea de seguridad*, en García, N. (et al.): *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Albacete: Bomarzo, 2007. En España Silva ha esbozado un planteamiento similar al del Jakobs bajo la denominación de “Derecho Penal de tercera velocidad”, en el que el “Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales” que entiendo defendible, con carácter excepcional y como “mal menor”, en ámbitos de criminalidad tasados: delincuencia patrimonial profesional, delincuencia sexual violenta y reiterada, criminalidad organizada y terrorismo. En Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., pp. 163-167.

<sup>53</sup> Para una aproximación crítica detallada a la corriente político-criminal securitaria de la mano de las modificaciones penales que ha introducido la LO 5/2010, vid. por todos, Echano, J. *Líneas político-criminales de la reforma penal de 2010*, en prensa.

<sup>54</sup> Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal.

una intensificación y mayor uso de la pena privativa de libertad, lo que supuso, claramente, el comienzo del predominio de una orientación *inocuidadora* o neutralizadora de esta pena en detrimento de la función resocializadora que proclama el art. 25.2 de nuestra Constitución<sup>55</sup>. De lo que se trata en este “nuevo orden” es de aislar al delincuente de la sociedad el mayor tiempo posible, con una total desatención a su evolución<sup>56</sup>. Se recogía así, por un lado, la disminución de su límite mínimo a 3 meses, un renacimiento de las penas privativas de corta duración que habían sido desterradas del Derecho Penal español por el Código Penal de 1995, haciéndose eco de la doctrina que ya hacía tiempo venía denunciando la nula eficacia preventiva que ejercían.

En el extremo contrario, con esta reforma se elevó el límite máximo de la pena hasta 40 años, en determinados supuestos de terrorismo y criminalidad organizada –art. 76-. A su vez, la reforma se decanta por una total restricción a cualquier beneficio penitenciario en sentido amplio: por un lado, se aspira a un cumplimiento íntegro de la condena, principalmente en los mencionados supuestos de terrorismo y delincuencia organizada –art. 78-; igualmente, se endurece la posibilidad de acceso al tercer grado en delitos castigados con pena superior a cinco años de prisión estableciendo un “período de seguridad”, lo que impide su apreciación hasta que se haya cumplido la mitad de la pena –art. 36-; por otro lado, el cómputo para acordar los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, en supuestos de concurso de delitos y si la pena resultante fuera inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, deberá referirse a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia –art. 78-; la concesión de la libertad condicional recrudece sus condiciones, al exigir que se haya satisfecho la responsabilidad civil, así como, para delitos de terrorismo y criminalidad organizada, el abandono de fines y medios terroristas y una colaboración activa con las autoridades –arts. 90 y 91-.

En esta misma línea, respecto de la criminalidad patrimonial leve, vinculada a las capas más pobres, se incorpora en la determinación de la pena la

<sup>55</sup> En cuanto a este “retorno de la inocuidación en el Derecho Penal”, vid. por todos, Silva, J. *La expansión...*, ob. cit., pp. 141-147.

<sup>56</sup> González, J. *La contrarreforma penal...*, ob. cit., p. 24.

agravante cualificada de multirreincidencia, lo que permite por sí sola subir la pena un grado con independencia de la concurrencia de otra u otras agravantes –art. 66.1.5ª-; se incrimina expresamente la habitualidad y reiteración en faltas, de tal manera que la comisión en un periodo de tiempo de 1 año de 4 faltas de lesiones, 4 faltas de hurto o 4 faltas de hurto y uso de vehículo a motor o ciclomotor se “transforman” en delito –arts. 147.1, 234 y 244.1, respectivamente-; desaparece, además, la pena de arresto de fin de semana como pena alternativa a la pena privativa de libertad; y se establece la obligación de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a inmigrantes ilegales por su expulsión del territorio nacional, al que no podrán regresar por un periodo de 10 años –art. 89-<sup>57</sup>.

La reciente reforma del Código Penal por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, no deshace prácticamente la situación anterior, sino que más bien la agrava. Las previsiones anteriores se mantienen en vigor; únicamente puede apreciarse una cierta atemperación en el art. 89, donde el período de prohibición de regreso al territorio nacional se establece entre 5 y 10 años, así como se suprime la obligación de sustitución de la pena privativa de libertad igual o superior a 6 años a inmigrantes ilegales cuando han alcanzado el tercer grado penitenciario o se han cumplido las tres cuartas partes de la condena. Al margen de este supuesto puntual, la reiteración en faltas se reduce de 4 a 3 para que sea castigada como delito en los mismos supuestos legales que se han señalado. Con carácter general, la reforma de 2010 amplía el ámbito de lo punible en un número considerable de delitos, así como incrementa también en un elevado número de casos la pena a imponer, dirección en la que se incluiría la delincuencia ligada a la marginalidad. Pero sin duda, el exponente más expresivo de la manifestación de una pretensión securitaria en detrimento de las garantías penales es la nueva medida de

<sup>57</sup> Además de una profunda intensificación de las consecuencias jurídicas del delito en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, desde el punto de vista de la tipificación penal encontraríamos otros dos sectores de criminalidad, junto a la criminalidad patrimonial leve tradicional que entraría también en el contenido del Derecho Penal de la seguridad ciudadana: el terrorismo –art. 578, incriminación de actos preparatorios en materia de terrorismo- y la violencia doméstica –art. 153, convirtiendo en delito la falta de lesión y el maltrato de obra de los arts. 617. 1 y 2, cuando se cometan en el ámbito familiar y el art.173, referido a los ataques a la integridad moral en el ámbito familiar-, ámbitos especialmente sensibles para el colectivo social.

libertad vigilada. Con ella se trata de hacer frente a los supuestos en que el cumplimiento de la pena no ha eliminado la peligrosidad del penado, según expresa el Preámbulo a la LO 5/2010, sometiéndole en caso de que se considere necesario a un control judicial mediante el cumplimiento de una o varias medidas, entre las que se encuentran, entre otras, la obligación de estar localizable, de seguir un determinado tratamiento médico, o la prohibición de residir o de acudir a determinados lugares o de ausentarse. Esta medida de seguridad solamente está prevista para determinados casos de delincuencia grave y violenta, específicamente para los delitos de terrorismo -art. 579.3- y los delitos sexuales -art. 192-

A la vista de los derroteros que globalmente ha adoptado la política legislativa penal española, los partidarios e ideólogos de semejante postura punitiva parecen olvidar que la dirección tomada es un arma de doble filo. El populismo punitivo, a corto plazo, puede que satisfaga el clamor ciudadano de amparo securitario al Estado, pero a medio y largo plazo se comprueba que carece de efectos preventivos y nos encontramos de nuevo al principio<sup>58</sup>: ausencia de eficacia de la ley penal para atajar la criminalidad, nuevas demandas ciudadanas de seguridad, nuevas propuestas represivas penales más severas que las anteriores...*more of the same*. ¿Cuál será el límite de esta creciente intensificación penal? ¿La cadena perpetua –que encubiertamente parece ya existir-? ¿La pena de muerte cuando todo lo demás devenga ineficaz? Además, la adopción de tales medidas tampoco resuelve el problema de base que está detrás del discurso de la seguridad ciudadana, al contrario, lo agrava. Y es que mientras la estructura social existente legitime las desigualdades sociales y la exclusión de sus capas menos favorecidas, cualquier intento de solución penal de un problema de índole social está abocado al fracaso<sup>59</sup>. En otras palabras, el Derecho penal se convierte entonces en un mero gestor de la miseria<sup>60</sup> que atribuye toda responsabilidad en cuanto a la comisión del delito al delincuente, movido por motivaciones estrictamente personales, y hace oídos sordos a

<sup>58</sup> Muñoz, F. *El nuevo Derecho Penal autoritario*, en Octavio, E./Gurdiel, M./Cortés, E. (Coords.): *Estudios penales...*, ob. cit., pp. 820 y 822.

<sup>59</sup> En este mismo sentido, Hassemer, W. *Persona...*, ob. cit., pp. 95-96; Zúñiga, L. *Viejas y nuevas tendencias...*, ob. cit., pp. 126-127.

<sup>60</sup> Cfr. Zúñiga, L. *Viejas y nuevas tendencias...*, ob. cit., p. 109.

cualquier atisbo de responsabilidad que el colectivo social tenga en la aparición del delincuente<sup>61</sup>.

Pero si el *Ius puniendi* es la *ultima ratio* a la que se debe acudir, sólo estará legitimado a intervenir cuando resultan ineficaces otros mecanismos de control menos gravosos, tanto formales como, primariamente, informales. Solucionar el problema de las diferencias sociales provocadas por la sociedad global mediante la criminalización de la pobreza no es el camino adecuado si no se adoptan previamente políticas preventivas sociales convenientes a tal efecto. Pero, por supuesto, la planificación y puesta en marcha de tales medidas tiene su coste, uno que no parece que se esté dispuesto a afrontar en la medida en que pueda hacerse uso de otros productos más baratos como es impulsar una nueva reforma penal<sup>62</sup>. Los defensores del restablecimiento del orden perdido también parecen olvidar, por último, que los centros penitenciarios en España hace tiempo que están pagando el precio de la exacerbación punitiva, con graves problemas de saturación carcelaria que no parecen que se vaya a corregir tras la entrada en vigor de la L0 5/2010 y que pueden llegar a desencadenar, a corto plazo, peligrosas situaciones conflictivas<sup>63</sup>.

### 3.- Conclusión final.

El presente trabajo ha pretendido mostrar la doble cara de la inseguridad que se ha instalado en la sociedad actual y los riesgos que la han ocasionado. Tal vez sería erróneo decir que ambos fenómenos delictivos a que dan lugar no tengan nada que ver uno con otro, pues más bien habría que decir que, si bien poseen unos rasgos propios que exige su diferenciación en el plano penal, el endurecimiento de la represión penal en el ámbito de la marginalidad y exclusión social ha surgido, como efecto perverso, de la globalización

<sup>61</sup> Cfr. Díez, J. *El nuevo modelo...*, ob. cit., p. 03:18.

<sup>62</sup> Fuentes, J. *Los medios de comunicación...*, ob. cit., p. 41; Silva, J./Felip, D./Robles, R./Pastor, N. *La ideología de la seguridad...*, ob. cit., p. 115; Robles, R. *Violencia y seguridad...*, ob. cit., rl: 1 y rl:2; Zugaldía, J. *Seguridad ciudadana...*, ob. cit., p. 1125.

<sup>63</sup> A finales del año 2009, el total de la población penitenciaria en España alcanzó los 76.079 internos, lo que supone un incremento en los últimos 9 años de un 70 %, consecuencia directa de las reformas penales surgidas en ese periodo. La alternativa a esta situación de hacinamiento, ya existente en otros países, sería la creación de cárceles privadas que permitan absorber el exceso de población penitenciaria con que hoy contamos en España. A este respecto, Ortega, A. *Inversión con futuro: en cárceles privadas*. El País. 18 de diciembre de 2006, p. 6.

económica y tecnológica. La intervención del Derecho Penal ante la aparición de los “nuevos riesgos” en que se adscriben las profundas transformaciones sociales, económicas y políticas de nuestro tiempo, asumió, en origen, un papel extensivo para hacer frente a una criminalidad de nuevo cuño que plantea importantes retos de redefinición de los elementos del delito. Esta es la modernización a la que debe aspirar el Derecho Penal, alcanzar un Derecho Penal moderno que centre sus esfuerzos en oponerse a la criminalidad ligada a los sectores poderosos, los que poseen y controlan los actuales procesos productivos, las redes financieras y los centros de poder económico<sup>64</sup>. Sin embargo, estamos asistiendo, curiosamente, a una inversión de los términos. Una *expansión minimalista*<sup>65</sup> en este ámbito, en la que las mejoras en la política legislativa penal se van consiguiendo a un ritmo retardado, con una Política Criminal lenta que no cuenta con el apoyo de los agentes sociales, porque por el lado de la ciudadanía no se percibe plenamente la dañosidad social de este tipo de delincuencia, sino únicamente el riesgo de que esta se llegue a producir y, en consecuencia, la peligrosidad del sujeto que hay que neutralizar; y también porque, por el lado de los agentes de poder, no resulta adecuado a sus intereses.

Por el contrario, la *expansión maximalista* la encontramos en la criminalización de la pobreza, un intervencionismo punitivo “intensivo”, con un *más* de lo ya conocido, frente a la criminalidad tradicional ligada a condiciones de desamparo, exclusión y marginalidad. Las medidas de seguridad ciudadana que siguen esta línea no deben entenderse, por tanto, como manifestación del moderno Derecho Penal, ni debe darse un paso más ante una vía que, ni es nueva, ni encuadra en un Estado Social y Democrático de Derecho como es España, ni cumple legítimamente la función llamada a cumplir al Derecho Penal según estos parámetros: proteger a la sociedad, lo que incluye, también, a los delincuentes.

<sup>64</sup> Éste sería la razón de ser de la modernización del Derecho Penal para Gracia, es decir, un Derecho Penal auténticamente propio de un Estado Social que establezca un sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases sociales poderosas. En *Prolegómenos...*, ob. cit., pp. 173-173, 185 y 190-191. No obstante, en la defensa de este sistema, termina por incluir, como una de estas manifestaciones modernas del Derecho Penal, también al llamado Derecho Penal del enemigo. Loc. cit., p. 125.

<sup>65</sup> En este sentido, Zúñiga, L. *Viejas y nuevas tendencias...*, ob. cit., p. 116.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós: Barcelona-Buenos Aires-México.
- Bergalli, R. (2004). *Libertad y seguridad. Un equilibrio extraviado en la modernidad tardía*, en Losano, M./Muñoz, F. (coords.): *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 59-77.
- Cancio, M. (2006). *De nuevo: ¿"Derecho Penal" del enemigo?*, en Jakobs, G./Cancio, M.: *Derecho Penal del enemigo*. 2ª ed. Madrid: Civitas, pp. 85-152.
- Demetrio-Crespo, E. (2007). *El «Derecho penal del enemigo» darf nicht sein! Sobre la legitimidad del llamado «Derecho penal del enemigo» y la idea de seguridad*, en García, N. (et al.): *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Albacete: Bormazo, págs.123 – 147.
- Díez, J. (2001). *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. *Actualidad Penal*. Nº 1. 1 al 7 de enero de 2001, pp. 1-22.
- \_\_\_\_\_ (2004). *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminnet.ugr.es/recpc>, 06-03.
- \_\_\_\_\_ (2005). *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, pp. 267-305.
- \_\_\_\_\_ (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires–Montevideo: BdF.
- Echano, J. (2010). *Líneas político-criminales de la reforma penal de 2010*, en prensa.
- Fuentes, J. (2005). *Los medios de comunicación y el Derecho Penal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://www.criminet.ugr.es/recpc>, 07-16.
- Gómez, V. (2003). *Libertad, seguridad y "sociedad del riesgo"*, en Mir, S./Corcoy, M. (dirs.): *La Política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, pp. 59-90.
- González, J. (2003). *La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal*, en *Revista Jurídica Galega*, 2003, pp. 13-38.
- Gracia, L. (2003). *Prolegómenos para la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Landrove, G. (2003). *El Derecho penal «de la seguridad»*, en *La Ley*, 2003-4, pp. 1923–1932.
- Mendoza, B. (2001). *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.
- \_\_\_\_\_ (2003). *Gestión de riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo*, en Da Agra, C./Domínguez, J./García, J./Hebberecht, P./Recasens, A.(EDS.): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, pp. 67-89.
- Muñoz, F. (2004). *El nuevo Derecho Penal autoritario*, en Octavio, E./Gurdiel, M./Cortés, E.(coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 803-823.
- Ortega, A. (2006). *Inversión con futuro: en cárceles privadas*. *El País*. 18 de diciembre, p. 6.
- Paredes, J. (2006). *La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal*, en *Eguzkilore*, nº 20, págs. 129–149.
- Robles, R. (2004). *Violencia y seguridad*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recp>, 06-rl
- Silva, J. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas.
- \_\_\_\_\_ (2003). *Hacia el Derecho Penal del “Estado de la prevención”*. *La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal*, en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevante e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 307-332.
- \_\_\_\_\_ /Felip, D./Robles, R./Pastor, N. (2003). *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, en Da Agra, C./Domínguez, J./García, J./Hebberecht, P./Recasens, A.(eds.): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, pp. 113-135.
- Soto, S. (2005). *La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia*, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, 07-09.
- Zugaldía, J. (2004). *Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho (A propósito del “Código Penal de la Seguridad” y el pensamiento*

- funcionalista*, en Octavio, E./Gurdiel, M./Cortés, E. (coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1121-1133.
- Zúñiga, L. (2005). *Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales*, en Berdugo, I./Sanz, N. (coords.): *Derecho Penal de la Democracias versus Seguridad Pública*. Granada: Comares, pp. 99-129.
- Vives, T. (2008). *¿Estado democrático o estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal*, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, (nº 4), p. 264–273.