

JUSTICIA PENAL LÍQUIDA (DESDE LA MIRADA DE BAUMAN)

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Apuntes para un inicio: la sociedad *líquida* baumaniana. 2. Retrato de la sociedad del miedo, del pánico y del riesgo a la búsqueda de la seguridad. 3. Primer síntoma de la justicia penal líquida: control, involucionismo, ultrapunitivismo, Derecho penal simbólico y consecuencias. 3.1. La cultura del control, Garland *dixit*. 3.2. Involucionismo, ultrapunitivismo y Derecho penal simbólico. Hacia un Derecho de la seguridad. 4. Segundo síntoma de la justicia penal líquida: ¿Hacia un proceso penal líquido o en busca de la liquidación del proceso penal? 4.1. El proceso penal sólido. 4.2. Del proceso sólido al proceso penal líquido o liquidable. 4.2.1. Cambio de protagonistas. Del Estado atópico a los nuevos protagonistas: trilogía funcional juez-fiscal-Policía; la irrupción de las víctimas, ¿prisiones privadas? y medios de comunicación. 4.2.2. Abuso de la legislación procesal penal y sobre todo de emergencia. 4.2.3. Reformulación de los procedimientos penales: ¿proceso penal sólido, líquido o liquidable? 4.2.4. Mediación penal, una bocanada de aire fresco pero con peligro de «liquidación» del proceso. Notas. Bibliografía.

1. APUNTES PARA UN INICIO: LA SOCIEDAD LÍQUIDA BAUMANIANA

La paternidad del adjetivo *líquido* de Zygmunt Bauman, aplicado a la sociedad global, nos ha llevado a relacionarlo con la «justicia penal» para tratar de presentar las líneas que permiten dibujar el escenario de la justicia penal en la sociedad global del miedo, del riesgo y de la seguridad que vivimos a través de las «lentes» baumanianas. Seguramente, si Zygmunt Bauman no hubiera fallecido el 9 de enero de 2017, habría terminado escribiendo una obra dedicada a la «justicia líquida», componente de la realidad existencial anudada a la vida líquida actual. Desgraciadamente, su fallecimiento lo ha impedido. Sirva este trabajo de homenaje.

Su obra —su testamento— es aprovechable para presentar los rasgos caracterizadores de la justicia penal en el mundo global, una sociedad sin asideros en la que las relaciones personales, el amor, la vida, y las relaciones sociales —y jurídicas— responden a unos parámetros de inconsistencia y falta de compromiso, y en la que predominan los cambios, las mutaciones, las metamorfosis y la inestabilidad, todo ello bajo el signo de la fugacidad. Estas características permean todos los ámbitos de la vida, una vida, según Bauman, *líquida*. También están presentes en un nuevo modelo de justicia penal neomoderno que vive del impulso, la frenética actividad legislativa, el simbolismo, la cosmética y la influencia de un pensamiento global y globalizado que marca las líneas de actuación de los Estados, la sociedad, la ciudadanía —o, tal vez mejor, comunidad de consumo—, y que, desde luego, refleja una línea fija discontinua, poco lineal, poco consistente, con muchas más dosis de Derecho penal —más parecido a un Derecho de la seguridad que al Derecho penal— que de proceso penal, si bien esta asimetría depende de la nacionalidad y el estatus social, económico y laboral de las personas.

Bauman¹ empleó en numerosas ocasiones el adjetivo «líquido» porque entendía que representaba perfectamente el modelo actual de sociedad y de vida, un modelo que, más allá del paisaje social al que él se refiere, tiene unas consecuencias de gran trascendencia en el mundo del Derecho. La sociedad líquida, considera Bauman, es *aquella en que las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en unas rutinas determinadas. La liquidez de la vida y la de la sociedad se alimentan y se refuerzan mutuamente. La vida líquida, como la sociedad moderna líquida, no puede mantener su forma ni su rumbo durante mucho tiempo.* Desde estas coordenadas, Bauman explica que, a diferencia de lo sucedía con la sociedad «sólida» que precedió a la actual y que, de alguna forma, se asentaba en la búsqueda de la perpetuidad y la eternidad, «la modernidad líquida no se fija ningún objetivo ni traza línea de meta alguna y solo asigna una cualidad permanente al estado de fugacidad. El tiempo fluye, ya no se sigue su curso inexorable. Hay cambios, siempre los hay, siempre son nuevos, pero no hay ningún destino ni punto final, y tampoco expectativa alguna de cumplir una misión. Cada momento vivido está preñado de un nuevo comienzo y de su final»².

Ese retrato social y vital líquido arrastra tras de sí un enorme desasosiego, un profuso desencanto y una gran desconfianza hacia los otros, lo que propicia una sociedad construida desde «soledades» y desde la atomización social. Ha ido generándose paulatinamente una enorme incredulidad en el sistema, una creciente falta de respeto hacia las normas y un espíritu egoísta de supervivencia que genera conformistas, pero también destructores.

Desde hace ya algunos años, en la sociedad líquida se experimenta un «*mundo de vida moribunda y muertos vivientes, un mundo en el que lo improbable se ha vuelto inevitable, y lo extraordinario es ya rutina. Todo es posible (ineludible, de hecho) toda vez que la vida y la muerte han perdido la distinción que las dotaba de significado y han pasado a ser igualmente revocables y sujetas a un «hasta nuevo aviso»*»³. Esta fotografía del mundo, que presenta lo que Hannah Arendt denominaba «tiempos de oscuridad»⁴, es lo que ha propiciado la «retrotopía», que, según Bauman, comporta la búsqueda de la utopía en el pasado (el anhelo de rectificación de los defectos de la actual situación humana resucitando los malogrados y olvidados potenciales del pasado), precisamente porque se asume que el pasado es sólido y que el futuro no lo es. Y eso, al final, solo genera miedos e inseguridad, dado que lo que se sentía como sólido (y lo fue) ahora es líquido. Para Bauman, las consecuencias de esta percepción son graves, dado que entiende que *el objetivo ya no es conseguir una sociedad mejor, pues mejorarla es una esperanza vana a todos los efectos, sino mejorar la propia posición individual dentro de esa sociedad esencial y definitivamente incorregible.*

Pese a este diagnóstico de la modernidad, Bauman ofrece una opción creativa, asumiendo, obviamente, que las utopías han acabado y que lo que procede es diseñar un mundo mejor que pueda integrar lo bueno de lo nuevo —que lo hay, sin lugar a dudas— y rechazar lo malo de lo nuevo; un mundo que necesita un instrumento esencial, el diálogo (nuestro autor habla de la *capacidad para dialogar*⁵). Bauman sostiene que es imprescindible hacer uso de la comunicación para poner fin a la dicotomía que preside la realidad contemporánea, la división entre «nosotros» y «ellos», esto es, la cultura de la confrontación y la minusvaloración del otro, al que visualizamos de forma hostil para justificar el cierre de fronteras, la construcción de muros, el refuerzo de las identidades y las separaciones, la aprobación de normas discriminatorias, etc. Mucho queda por aprender y mucho por reforzar en el mundo de los derechos y las garantías —diríamos nosotros—, pero no nos podemos permitir caer en la melancolía pasiva, pesimista y destructiva.

2. RETRATO DE LA SOCIEDAD DEL MIEDO, DEL PÁNICO Y DEL RIESGO A LA BÚSQUEDA DE LA SEGURIDAD

Realizar un retrato de la sociedad contemporánea es fundamental para entender la fascinación actual por la búsqueda de seguridad y el imparable crecimiento del ultrapunitivismo. La justificación de este último fenómeno se encuentra en la explicación del momento histórico que vivimos, un contexto en el que el control, la seguridad, la segregación y la desigualdad forman parte de nuestro paisaje, y que provocan más y más desencanto, frustración y melancolía en la sociedad.

Uno de los rasgos que caracteriza la evolución de la sociedad actual es el creciente sentimiento de que vivimos bajo la «difusión global del alarmismo y de los sentimientos de miedo e incertidumbre»⁶; se trata de un miedo que ha ido inoculándose en la población a raíz de la emergencia de múltiples fenómenos: crisis económica, preocupación en materia laboral, incremento del terrorismo, degradación y desastres medioambientales, incremento de la pobreza y de la mendicidad, despliegue de las tecnologías de la información que transmiten en tiempo real —e invaden masivamente la cotidianidad—, desastres naturales, accidentes, criminalidad, política mundial y un largo etcétera de violencias nacionales e internacionales.

Los miedos, los pánicos y los riesgos han existido siempre, si bien es cierto que la era global ha expandido una nueva manera de entenderlos, conceptualmente concretada en lo que Beck denominó la *sociedad del riesgo*; en ella, han cobrado un enorme protagonismo los riesgos globales, esos que pueden —y así lo sentimos— afectar a todos los ámbitos de la vida, a nuestra cotidianidad, y a nuestra rutina⁷. Se han normalizado los conceptos de *peligro*, *amenaza*, *riesgo*, *seguridad* y, por supuesto, «control», que penetran en nuestro estilo de vida y alteran estructuras, pensamientos, políticas urbanas y hasta el mismo concepto de seguridad.

El retrato de la sociedad de riesgo alienta o estimula un pensamiento negativo, una manera pesimista de afrontar la vida, y propicia un enorme desencanto y frustración que, lejos de favorecer una conducta reivindicativa, han ido generando una suerte de conformismo o inactivismo⁸ muy similar a la sociedad bajo vigilancia que, en 1949, Orwell describió en su obra *1984*.

Esas sensaciones de aislamiento y desamparo han sedimentado en un sentimiento de gran vulnerabilidad en los seres humanos, quienes, ante tanto caos, pánico y miedo se perciben y se muestran mucho más frágiles, dado que, como apunta Bauman, «la inseguridad nos afecta a todos, inmersos como estamos en un mundo fluido e impredecible de desregulación, flexibilidad, competitividad e incertidumbre endémicas»⁹. Este contexto, marcado por el desasosiego y la inquietud, se aprovecha para propiciar la liquidación del marco institucional sobre el que se asentó la modernidad, empezando por el creciente minimalismo estatal —dirigido desde instancias supranacionales e internacionales que cabalgan, por exigencias del mercado, hacia una desregulación galopante, y ante una cadena de incertidumbres que propician ese desasosiego—; es precisamente en ese momento cuando se hace presente lo que Bauman llama «oscuras premoniciones y temores respecto al futuro que acosan a hombres y mujeres en el entorno social fluido, en perpetuo cambio, en el que las reglas del juego cambian a mitad de partida sin previo aviso o sin una pauta legible, no une a los que sufren: los separa y los aísla»¹⁰.

Indiscutiblemente, nos encontramos ante un escenario social complejo, diríase que inquietante y paradójicamente contradictorio, en el que determinados elementos endógenos han penetrado y alterado los viejos postulados de la vida, la sociedad y, por ende, la justicia. Si bien la justicia penal ha estado intrínsecamente vinculada a «lo público», al «Estado» y a lo nacional, y rara vez han excedido las fronteras nacionales, la sociedad actual, como sociedad en red¹¹, ha propiciado, en palabras de Vervaele¹², la aparición de una nueva forma de Estado, el «Estado en red». Esta nueva configuración

está reemplazando gradualmente a los Estados nación que propiciaron la conformación de la sociedad típica de la era industrial. Y ese Estado en red propicia una pérdida de la autoridad tradicional, que favorece un método alternativo de control social: la sociedad de vigilancia.

En este escenario de debilitamiento (o ausencia) de los asideros, los asentamientos sólidos y las bases inamovibles que configuraron la modernidad, la liquidez se hace presente, las normas se multiplican exponencialmente y sin racionalidad. La sociedad líquida propicia una realidad jurídica compleja y múltiple que genera anomia entre la ciudadanía, así como una posición favorable hacia decisiones políticas y toma de decisiones que responden a un concepto hoy sobre-dimensionado: la seguridad. Todo se mide bajo la seguridad y todo se justifica desde ella. Está en la hoja de ruta de los políticos y es la medicina que se vende como la solución a los problemas de soledad —melancolía, aislamiento, atomismo individualista, etc.—, males que se ha gestado en esta sociedad de riesgo, de miedo y de pánico. Sin embargo, esa búsqueda de seguridad genera una constante insatisfacción, cada vez más patente y cada vez más extendida, debido al sentimiento de que nunca se alcanza. Los ciudadanos van perdiendo progresivamente la credibilidad y confianza entre sí, y ello favorece la creciente hostilidad hacia lo que se desconoce, a lo lejano, a lo que no soy yo, al otro, al extranjero¹³.

En este marco ha surgido lo que los autores de la *securitization theory* de la Escuela de Copenhague han denominado la percepción de la amenaza existencial, el nihilismo, la pérdida y la alienación, las amenazas de la supervivencia física del propio orden social o la misma identidad. El miedo puede surgir respecto a otros individuos, otros grupos, otros Estados, y puede también centrarse en calamidades económicas o en la degradación del medio ambiente¹⁴, entre otros factores. Estos autores hablan del *miedo al miedo*, que no necesariamente se evita, palia o resuelve mediante la seguridad. Se utiliza el miedo para generar un proceso de «segurización» (*securitization*), para legitimar políticas de control, restricción y dominación porque la sociedad es receptiva a estas políticas. De ahí que, en realidad, a esta teoría de la seguridad subyace un verdadero poder. Abrahamsen apunta que en las sociedades del actual contexto global existe ese poder de la seguridad, la posibilidad permanente de enemistad en política, su seducción y sus peligros —así como el preocupante puesto que ocupan—, la persuasividad de la seguridad y la «segurización»¹⁵.

En todo ello, no obstante, además de realidad existe un componente muy importante de percepción. Precisamente, esa percepción de la seguridad genera, según Baratta¹⁶, falsedad o per-versión, dado que la seguridad no puede entenderse en sentido de percepción, sugestión o sentimiento, sino en referencia a normas e interpretaciones de normas. De este modo, lo único que parece razonable defender es lo que este autor denominaba el *derecho a la seguridad de los derechos* o el *derecho a los derechos*. En otros términos: la seguridad no es algo que pueda ser objetivamente constatable, sino que se muestra como una percepción, de modo que el concepto «seguridad» no empieza con el conocimiento, sino cuando este acaba: la seguridad se mueve sobre parámetros inmateriales de reflexión. Pese a las reflexiones de Baratta, la seguridad nos inunda, el discurso de la seguridad se extiende a todos los ámbitos (seguridad del trabajo, del producto, del mercado, de medio ambiente, seguridad urbana, seguridad informática, alimenticia, etc.) y, en sede penal, este «discurso de la seguridad» ha venido a legitimar un ya extenso número de medidas de control criminal (en ciertos casos, bajo el rótulo de la calidad de vida). Los debates sobre la *securitization* han dominado el diseño las políticas de seguridad y se han nucleado en torno a las condiciones y contexto sociológicos, institucionales o políticos que facilitan o inhiben actuaciones dirigidas a la misma.

3. PRIMER SÍNTOMA DE LA JUSTICIA PENAL LÍQUIDA: CONTROL, INVOLUCIONISMO, ULTRAPUNITIVISMO, DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y CONSECUENCIAS

El retrato de la sociedad que vivimos —sociedad mundial de riesgo— ha propiciado una ruptura del paradigma de la justicia penal moderna que arrancó en la Ilustración y se moduló a lo largo del siglo XX con el fortalecimiento del moderno Estado social y democrático de Derecho. Una sociedad mucho más compleja ha generado una mayor y más compleja criminalidad¹⁷; el sistema jurídico (global) ha respondido con dureza, facilitando la aprobación de más y más Derecho penal, más expansión punitiva y más Derecho penal simbólico, ha extendido en la sociedad la idea de que el Derecho penal es un sanalotodo¹⁸ y ha frustrando, así, las expectativas de quienes siguen viendo más violencia, más delitos, más inseguridad, más miedo y más segregación. Una buena composición para generar una sociedad de desencanto, frustración, agonía, pánico y, paradójicamente, inseguridad.

3.1. LA CULTURA DEL CONTROL, GARLAND DIXIT

Esta situación de crisis, ansiedad, paranoia, intolerancia, exclusión, búsqueda desesperada de control e incapacidad de confianza en el otro¹⁹ provoca una crisis de valores y de confianza en el ser humano, una metamorfosis que conlleva una patología social con claras consecuencias en el modelo de justicia penal²⁰. La respuesta política es recurrente: más «control», un control que la sociedad no solo acepta, sino que exige²¹. Se adoptan políticas impopulares que devienen populares y medidas que justifican el desequilibrio entre la seguridad y la justicia en la sociedad. Hemos ido fomentando el peor miedo que podemos experimentar, que es vivir en una sociedad caracterizada por el miedo de todos hacia todos²².

Surge así lo que Garland denominó la «cultura del control» (especialmente, del control del crimen), una cultura en la que el efecto expansivo del control es imparable e insaciable, y que se ha ido modulando en torno a tres conceptos fundamentales: a) la reprogramación del modelo penal del Estado del bienestar, aun cuando a nuestro parecer se aproxima más al «desmantelamiento» del mismo; b) la aparición de la criminología del control; y c) un estilo económico de razonamiento²³. Su argumentario es perfectamente asumible, si bien la desenfrenada actividad legislativa de los últimos tiempos, amén del inconsistente discurso político cuyo asidero es «más y más represión» —que, como se ha dicho, genera más y más inseguridad— ha superado incluso el panorama que presentaba Garland en su obra sobre la cultura del control. Esta cultura ha generado una mutación de valores: han desaparecido conceptos como *decency*, *humanity* y *compassion* para dar paso a políticas públicas criminales que se justifican en el miedo y la ansiedad. La adopción de medidas preventivas y represivas se presenta como un recurso excepcional para afrontar la criminalidad compleja, aun cuando paulatinamente se van convirtiendo en la fuente de inspiración de la política criminal general, especialmente cuando se aplican a los más desfavorecidos²⁴.

Aparece entonces lo que Garland denomina la «criminología del control», esto es, una criminología del día a día que se centra en el orden social —y no en las personas— como un problema de integración en el sistema. En esta visión, las políticas de *zero tolerance* —asociadas al posible uso discriminatorio del poder de la Policía— encajan bien con las ideas de orden y autoridad, la violación de los derechos civiles de los pobres y las minorías, la configuración de estándares morales absolutos, etc., ideas que nutren y reafirman la denominada «criminología de los otros», que asume como lema programático *to condemn more and to understand less* y acepta, por ello, las condenas masivas, la

pena de muerte, las penas privativas de libertad de larga duración y las medidas *post sententiam* que permiten mantener una suerte de medidas de seguridad ilimitadas, etc.

En ese escenario adquiere un papel central el denominado «principio precautorio», que permite restringir y condenar por si acaso (*if*). Un principio que supone el adelantamiento de las medidas penales a la verosímil —aunque incierta— actuación que dañe los bienes colectivos ante posibles riesgos que afecten a los mismos²⁵. Se trata de pensar, actuar, legislar, sentenciar y ejecutar bajo el prisma del «y si...» (*if*), que justifica la suspensión de algunos derechos apelando a la prevención. Un principio en expansión que ha jugado un especial rol en el hábitat, en la ciudad y, ha contribuido a la aparición y consolidación de políticas que favorecen las estrategias de «expulsión» y de «exclusión» que estimulan la desconfianza entre el vecindario, en la medida en que animan a la comunidad a colaborar de forma activa en aquellas actuaciones²⁶. Aparecen conceptos como *smart city* o *green creative city*²⁷, ciudades perfectas cuyos habitantes quedan agrupados bajo la exigencia de similitud microsocial y criterios de afinidad electiva. Es un modelo propio del pensamiento económico que responde a la idea de glocalización de la ciudad²⁸: la ciudad se estructura por clases sociales (urbanizaciones, construcciones), económicas, raciales, etc. En este nuevo modelo de sociedad urbana emergen las manifestaciones de «tolerancia cero». Estas encontraron fundamento en la denominada «teoría de las ventanas rotas» (*broken windows*) desarrollada en la Universidad de Stanford por Philip Zimardo²⁹. En suma, esta perspectiva teórica pretende difundir la idea de comunidad limpia, ordenada, respetuosa de la ley y de los códigos de convivencia social, entorno en el que se establezca una legislación específica que promueva el orden y la seguridad ciudadana, que defienda la *quality of life policing*³⁰, la tranquilidad ciudadana y la paz pública. La situación es altamente preocupante. Como apunta Mir Puig, para lograr el objetivo de la seguridad ciudadana no ha de utilizarse el Derecho penal, sino una política social adecuada. Sin duda, se trata de un camino más complejo y más dilatado en el tiempo, pero es el único que conduce a soluciones a largo plazo. *No se trata de ponerle un parche doloroso al presente, sino de que el mal de hoy sirva de acicate para construir un futuro mejor*³¹.

3.2. INVOLUCIONISMO, ULTRAPUNITIVISMO Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO. HACIA UN DERECHO DE LA SEGURIDAD

Estamos asistiendo a una verdadera mutación del modelo de justicia penal del planeta, que se despliega a través de una política criminal «de urgencia» que inspira los proyectos legislativos asentados en un eje esencial: la neutralización o minimización del riesgo, término que se utiliza como noción técnico-jurídica en la conformación de la culpa, la causalidad, la imputación etc³². El Derecho penal se ha ido expandiendo paulatina pero imparablemente, ha surgido la teoría del Derecho penal del enemigo, se han transformado los límites del Derecho penal orientado a la prevención y a la seguridad³³, se producen constantes adelantamientos de la punibilidad en el Derecho material, la ampliación de conceptos preventivos —vigilancia, deconstrucción de garantías y creación de instancias especiales en el proceso penal—, la difuminación de categorías jurídicas clásicas y la formación de un nuevo Derecho de la seguridad.

Como señala Mir Puig, la abierta aceptación del involucionismo penal debe ponerse en relación con la aparición y difusión del neoliberalismo político neoconservador³⁴, que tuvo su despegue en los gobiernos de Reagan en EE. UU. y de Thatcher en Gran Bretaña, cuyos programas asumieron un modelo de control social muy severo que incorporó los conceptos de tradición, ley y orden, jerarquía y autoridad como valores esenciales. Las medidas de este tenor se sucedieron con el fin de paliar el descontento social³⁵.

En el discurso político, el involucionismo penal ha llegado para quedarse. El ultrapunitivismo dirigido a acallar a la colectividad indignada es defendido a ultranza. Asimismo, se han naturalizado las políticas de *zero tolerance*, que conviven muy bien con la política de las etiquetas de los monstruos³⁶ (el terrorista, el reincidente, el criminal de carrera, el depravado sexual, el pedófilo, etc.), catalogaciones que brindan cobertura a la privación de derechos y el mantenimiento del principio según el cual es preferible privar de libertad de por vida a un delincuente conocido que arriesgar la vida o la propiedad de la víctima inocente³⁷. Se crean *websites* con sus nombres, se les aplican medidas de seguridad postcondena, y todo ello se justifica bajo el paraguas de la seguridad y el control.

Aparece, con todo, el Derecho penal «simbólico», que cubre los espacios no cubiertos —o mal cubiertos— por otras áreas, y lo hace tanto con respuestas reactivas como —más intensamente— con respuestas preventivas³⁸. Este Derecho penal simbólico se presenta como instrumento de protección de los bienes jurídicos económicos, no individuales sino colectivos, tendencia que está pervirtiendo de nuevo el sentido del sistema de justicia penal y que contribuye al engaño de la sociedad³⁹. Un engaño que, como apunta Carbonell⁴⁰, solo llevará a la frustración —y, por supuesto, a una nueva y mayor deslegitimación del Derecho penal—, y que conllevará una consecuencia atroz: una evidente trivialización de la libertad.

Paradójicamente, este escenario de control, seguridad y expansión del Derecho penal casa mal con el pensamiento economicista neoliberal, generando una suerte de esquizofrenia. ¿Por qué afirmamos esto? El Estado minimalista interviene, pero en muchos casos las medidas que se adoptan bajo el lema del control y la prevención han propiciado un crecimiento sin precedentes de condenas y de población reclusa⁴¹. Es decir, los resultados en materia penal han sido inversamente proporcionales a los pretendidos desde los parámetros economicistas programáticamente minimalistas. Ello ha impulsado la entrada en escena de organizaciones y tribunales supranacionales e internacionales en la lucha contra la criminalidad (o, al menos, contra una determinada criminalidad) que muestran, por un lado, la indiscutible pérdida de las identidades nacionales y del poder del Estado, y, por otra, la cada vez mayor tendencia a la mutación del Derecho penal en un «Derecho de la seguridad»⁴². Lejos de ser neutral, esta situación comporta una erosión imparable del Estado de Derecho⁴³.

El Estado de Derecho se muestra ineficaz cuando no garantiza la seguridad, dado que esta es una suerte de precondition del ejercicio o la conservación de los otros derechos. Se adoptan políticas preventivas, inicialmente justificadas por la lucha contra el terrorismo internacional islámico, en las que se asume que todos los ciudadanos representan un riesgo potencial que debe ser controlado por el Estado. De este modo, el Estado se convierte en Estado de prevención⁴⁴ e instrumenta políticas legislativas de excepción —las leyes del miedo— para una sociedad aterrada y que demanda *securitization*. Hemos asistido a la suspensión de derechos en aras de la «seguridad nacional», o el «orden público»⁴⁵, la emergencia nacional, y a la creciente derogación de derechos de segunda y de tercera generación en aras de la prevención del crimen. Como señala Pérez Cepeda, «los derechos del hombre y la mundialización se encuentran en una situación cada vez más compleja y contradictoria, y, a su vez, es el punto de emergencia de los problemas de seguridad»⁴⁶.

Así, Vervaele apunta que la expansión de la justicia penal —su omnipresencia— es absolutamente real en términos de control social, si bien es «muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales»⁴⁷. El mismo autor subraya que un Derecho penal sin límites se convierte en un instrumento de control social que *mina no solo la mera esencia del Derecho penal, sino también la legitimidad del poder punitivo del Estado*. El modelo penal del Estado del bienestar, proporcionado, informado por el principio de *ultima ratio* y garantista ha cedido ante un modelo neopunitivista, ultrapunitivista, *prima ratio*, limitante de derechos, reductor del proceso y omnipresente que se mueve, inspira y actúa desde los parámetros de la economía global a la que estamos

sometidos y en el que, como ha dicho Ferrajoli⁴⁸, el principio de subsidiariedad penal o de Derecho penal mínimo han muerto.

Lo que vivimos en la actualidad es una verdadera «inflación» penal⁴⁹, la emergencia un poder punitivo absoluto —nacional e internacional— e incluso una verdadera fascinación por el Derecho penal⁵⁰ que justifica el castigo como necesidad, en especial para la víctima, a la que se exhibe por su dolor, mediatizando la reacción, la fuerza y el castigo. La aplicación del Derecho penal sirve a la demagogia política y al espectáculo mediático, con la agravante de su carácter selectivo: solo los peces chicos (pequeños), débiles y, por tanto, vulnerables caen en la red; al contrario de lo que sucede en la pesca real, los grandes y gordos se escapan por múltiples razones⁵¹. Por ello, en palabras de Díez Ripollés, vivimos un *abuso del sistema penal*, un exceso que comporta la quiebra de los dos objetivos del sistema de control penal: la moderación punitiva y la inclusión social⁵². Es preciso enfatizar este abuso⁵³, porque no todos se ven igualmente afectados por esta expansión⁵⁴, y el Derecho penal de las múltiples velocidades es, cada vez más claramente, una realidad patente e indiscutible. Recurriendo al modelo del Derecho penal preventivo y de dos velocidades se han permitido y justificado violaciones de derechos de determinadas minorías, que es, para los «otros», mucho más represivo y menos garantista y, para nosotros, más *soft*. Desgraciadamente, esto alimenta el «discurso de odio»⁵⁵.

En conclusión, estamos conviviendo con una expansión del Derecho penal⁵⁶, el discurso de la *tolerancia cero*, la aplicación del Derecho penal del enemigo, el discurso del odio, la creciente y sofisticada criminalidad, la involución del sistema penal y la merma de los derechos de los sujetos del proceso — más severa para los *otros*, más suave para *nosotros*—, un círculo peligroso que alimenta desigualdades, racismo, xenofobia y mucha segregación en la población. Algo estamos haciendo mal, evidentemente, y algo hemos de «repensar» para paliar este absurdo. Malos tiempos para la lírica, que decía el poema de Bertolt Brecht, aunque precisamente esto es lo que nos debe hacer escribir.

En ese paisaje penal se ha ido erosionando progresivamente el mito del Estado, de su soberanía y de su monopolio en el control de la delincuencia: la incapacidad del Estado para responder ante la criminalidad y para adaptar las respuestas a la realidad cambiante converge con un debilitamiento de la legitimidad de las instituciones y del mismo gobierno⁵⁷. Ello favorece la adopción de decisiones políticas cortoplacistas, aniquiladoras de derechos y libertades, y propicia la construcción de muros, la creación de identidades ficticias, la fabricación de armamentos sofisticados, la búsqueda de chivos expiatorios, y paulatinamente va consolidando una mirada hostil hacia el otro que fomenta la pérdida de la solidaridad y, con ella, la reivindicación de políticas criminales mucho más represivas⁵⁸.

En suma, si el siglo XX fue capaz de generar un movimiento social de búsqueda del bienestar en el que se enfatizó la libertad, la apertura, la movilidad y la tolerancia, la sociedad actual se caracteriza por el control, el cierre, la desconfianza, la ausencia de solidaridad y la seguridad a cualquier precio, de manera que el control de la delincuencia y la justicia penal se han desconectado de las cuestiones relativas a la justicia social y la reconstrucción social que en otros momentos las caracterizaron⁵⁹.

El «Derecho penal» ha dado paso al «Derecho de la seguridad». Ha abandonado su función de instrumento *ex post* para convertirse en un instrumento de prevención orientado a evitar los peligros *ex ante*. Aumentan los delitos de peligro abstracto, en materia procesal penal se aceptan y proliferan no solo las medidas de investigación intrusivas en la esfera jurídica de la persona por la mera sospecha de la existencia del hecho y las correlativas medidas de control e investigación de la misma, sino que se han trasladado desde la excepcionalidad pretérita (delitos de terrorismo, organización criminal, etc.) a la normalidad medidas mucho más gravosas como la prisión preventiva sin condiciones, las penas de privación de libertad de prolongada duración, etc. Se ha ido construyendo, en definitiva, un modelo basado en la función de prevención *ante delictum* cuyo referente es una sociedad similar a la de la película *Minority report*.

En ese escenario ha tenido lugar una expansión cualitativa y cuantitativa de comportamientos punibles que ha incorporado nuevas conductas —expansión acompañada, en muchos casos, de un endurecimiento desproporcionado de las consecuencias jurídicas propio de la *revalorización del componente aflictivo de la pena*⁶⁰— y ha convertido a la retribución en uno de los objetivos prioritarios de un nuevo paisaje penal en el que, desde luego, los procesos de despenalización *brillan por su ausencia*⁶¹. Asistimos a la prolongación desproporcionada de determinadas penas privativas de libertad (*v. gr.* cadena perpetua o prisión permanente revisable en nuestro país)⁶² que cercena la posible resocialización del condenado y transforma a la pena en un instrumento perfecto para propiciar su exclusión social⁶³. Por otra parte, se han recuperado las penas cortas de prisión (de tres meses en adelante) y ha desaparecido el arresto de fin de semana. Como apunta Díez Ripollés, hasta hace bien poco estas penas eran contrarias a la función de reinserción social que el Derecho penal debe cumplir, mientras que en la actualidad se han convertido en consecuencias jurídicas destinadas a cumplir una función intimidatoria en la sociedad⁶⁴. A todo ello se une la integración de sanciones que no comportan la reclusión en un establecimiento penitenciario (pena de multa, arresto sustitutorio, control electrónico de los delincuentes, etc.). La incorporación de sanciones no privativas de libertad no es inadecuada *per se*, pero puede llegar a serlo cuando se convierte en un instrumento de desequilibrio o de desigualdad que favorece a unos y perjudica a otros y genera un ventajismo penal, máxime cuando los perjudicados son siempre los pobres, cuyo destino previsible siempre es la prisión. La incorporación de sanciones *softer* permite mayor control penal⁶⁵ y, a pesar de que puedan presentarse como penas más humanas, su incremento exponencial puede generar efectos perversos sobre el modelo de justicia penal.

En suma, el discurso del Derecho penal de la seguridad se fundamenta en la desigualdad⁶⁶, en la distinción entre *nosotros* —ciudadanos normales destinatarios de la protección del Estado— y *ellos* —criminales que hay que neutralizar—⁶⁷. De este modo, se produce la criminalización de la miseria, que incrementa la desigualdad social y fundamentalmente económica y, con ella, la persecución autoritaria de unos frente al trato suave que reciben otros⁶⁸.

Como señala Fiore⁶⁹, en estos momentos, caracterizados por el déficit de legitimación democrática, la falta de credibilidad en la justicia penal y la ineficiencia de la misma no podemos ser meros espectadores. Habrá que empezar a luchar contra el «imposibilismo» del cambio y trabajar para recuperar, por un lado, la confianza en quienes son los sujetos de tutela, los ciudadanos, y, por otro, las funciones y los límites del Derecho penal. Como señalaba Baratta⁷⁰, la inseguridad disminuirá en la medida en que aumente la seguridad de los derechos humanos. Hay mucho camino que recorrer en materia de derechos humanos y probablemente la única vía para tutelarlos de forma adecuada sea una renovada reconquista de la economía por parte de la política para que esta última recobre su autonomía en la toma de decisiones. Se trata, como señala Habermas, de retornar a lo político «no en la forma hobbesiana original de un Estado de seguridad con policías, servicio secreto y ejército, sino como un poder civilizador de alcance mundial»⁷¹.

4. SEGUNDO SÍNTOMA DE LA JUSTICIA PENAL LÍQUIDA: ¿HACIA UN PROCESO PENAL LÍQUIDO O EN BUSCA DE LA LIQUIDACIÓN DEL PROCESO PENAL?

Cuanto se ha expuesto en relación con el sistema penal provoca consecuencias nefastas en el proceso penal. Desgraciadamente, el tratamiento que, como si fueran compartimentos indivisibles

y autónomos, han recibido el Derecho penal y el proceso penal en los últimos tiempos tanto en España como en el ámbito internacional global ha alimentado el desajuste de las políticas públicas y legislativas de ambos sectores del ordenamiento jurídico. En la hoja de ruta de los políticos hay un interés desmedido por alimentar el Derecho penal, que se presenta como rollizo, hermoso y absolutamente desproporcionado, en contraste con un proceso penal minimalista; semejante descuadre provoca un efecto demoledor en el ámbito de la tutela de los ciudadanos. La convivencia de las normas penales con las procesales penales ha generado una frustración y un desencanto crecientes, ha deslegitimado al Estado, al sistema y a las instituciones, y ha generado una incapacidad del modelo procesal para afrontar las consecuencias derivadas del Derecho penal sanalotodo, sobre todo cuando en el proceso penal se presentan velocidades diversas según los hechos y los sujetos.

4.1. EL PROCESO PENAL SÓLIDO

Para poder analizar el proceso penal líquido o el ritmo de liquidación del proceso hacia el que nos dirigimos hay que tomar en consideración lo que debe entenderse por un proceso penal sólido. Y en este punto la historia del proceso penal nos nutre de las fuentes de información, siempre asumiendo que el proceso penal ha caminado paralelamente a la historia de los pueblos⁷² y que se halla intrínsecamente vinculado a la ideología política del momento: es una suerte de *sismógrafo de la constitución del Estado*⁷³, uno de los pilares esenciales que permiten evaluar la realidad política de un país⁷⁴.

Fue en la época moderna cuando política, estructural e ideológicamente se produjo la transformación del proceso penal. La Revolución francesa, la Ilustración, el pensamiento humanista, la conquista de los derechos, su integración en las constituciones de los países europeos y su reconocimiento en los textos internacionales contribuyeron a la conformación de un modelo político de Estado social y democrático en el que el poder judicial se convirtió en un verdadero poder del Estado y se consolidó un modelo procesal garantista, es decir, un proceso con todas las garantías concebido como derecho de todos los ciudadanos.

¿Significa esto que no había proceso hasta ese momento? Evidentemente, existía un instrumento, un cauce a través del cual se ejercía el *ius puniendi*, un procedimiento, si bien los principios procesales ilustrados y las garantías de su actuación dieron lugar a la aparición del verdadero proceso. El proceso dejó de ser un mero procedimiento o sucesión formal de actuaciones en el devenir del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, es decir, un cauce de satisfacción de la función retributiva de la pena, para convertirse en un verdadero *proceso* a través del cual se cumple la función de juzgar (por una parte, la declaración de inocencia o de culpabilidad y la aplicación, en su caso, de la condena, y, por otra, la aplicación de las funciones resocializadora —en su caso— y restauradora o restaurativa), así como la de ejecutar lo juzgado (garantizando el cumplimiento de la condena, así como las formas y el régimen de cumplimiento de la misma); un proceso que se configuró a partir de la trilogía subjetiva y la atribución funcional a cada uno de los sujetos del proceso. Un proceso en el que el sujeto pasivo se descosificaba y se convertía en «sujeto con derechos».

El cambio, en la concepción del proceso penal se produjo simultáneamente a la configuración de un nuevo modelo de Estado, estructurado sobre la base de la dispersión de los poderes y el diseño de una Administración organizada con una pluralidad de funciones compartimentadas y, sobre todo, distribuidas entre los diversos poderes del Estado. Una visión política del Estado moderno diseñada en las constituciones modernas que tuvo una influencia trascendental en los textos internacionales de reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, que supusieron un punto de inflexión tanto por su contenido como por su efecto —especialmente en lo que respecta a

los derechos del detenido, del imputado, acusado y condenado— y que tuvieron un enorme influjo en las legislaciones procesales. Esta combinación —derechos humanos, Estado moderno y proceso penal— ofrecía una tutela judicial garantista a los ciudadanos, una esperanza en la justicia penal. Y ello porque el reconocimiento de derechos fundamentales en los textos internacionales no era una simple declaración programática, sino que pasaba a impregnar las instituciones, los principios y, poco a poco, una manera de actuar procesal diversa.

El siglo XX presagiaba un mundo de esperanza. Parecía que, al menos en materia de justicia, existía un acuerdo generalizado para acabar con los métodos medievales de persecución de hechos reprochables y reemplazarlo por un sistema de garantías⁷⁵. Poco a poco, los textos constitucionales consagraban el derecho a la tutela judicial efectiva o el *access to justice* y, con él, se proclamaban el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al proceso en un plazo razonable, a no confesarse culpable y a guardar silencio, el derecho al proceso con todas las garantías e incluso se constitucionalizaban principios como la publicidad, la oralidad, etc. Era un derecho que se exigía al Estado, que legislaba, gobernaba y también impartía justicia en el marco de una estructura política tripartita: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial.

Un cambio que, más allá de las reformas legales, exigía modificaciones en la cultura procesal que no se produjeron de forma abrupta, sino que requirieron una evolución lenta y, en ciertos casos, hasta «agónica». En cualquier caso, un enorme paso se había producido, dado que, si bien, por un lado, se había afianzado la idea de que había que «reconstruir» el sistema penal en relación con qué debiera ser reprochable penalmente —apostando por la consideración de la proporcionalidad y *ultima ratio*—, por otro existía una preocupación de *cómo* había que configurarse el cauce —proceso penal— para realizar el reproche. La evolución de los Códigos procesales penales fue algo más tardía, y vino anudada a las Constituciones políticas que configuraban modelos políticos democráticos y garantes de derechos. La incorporación de garantías procesales en los textos constitucionales propiciaron modificaciones sustanciales en la norma procesal, inspiradas también en la doctrina de los tribunales constitucionales. Se construyó el proceso del Estado de derecho desde un equilibrio entre la seguridad y la libertad⁷⁶.

4.2. DEL PROCESO SÓLIDO AL PROCESO PENAL LÍQUIDO O LIQUIDABLE

La globalización ha transformado el equilibrio entre la libertad y la seguridad en el proceso penal. Frente al proceso penal de las garantías, sólidamente consolidado, la inestabilidad y falta de asideros a la que se refiere Bauman en la modernidad y la vida líquidas han empapado las frenéticas reformas a las que nos tiene acostumbrados el legislador procesal penal, unas reformas en las que se consolida el tratamiento bipolar del proceso penal y generan la convergencia de dos realidades: *no puedo vivir sin el proceso penal, pero con él tampoco*. Así, coexisten un proceso penal mucho menos garantista, menos sólido —consecuencia del involucionismo penal— y las huidas del mismo, es decir, la minimización del proceso, que pasa por el sacrificio de principios, derechos y garantías en aras de la eficiencia del modelo. Dicho de otro modo: si para algunos se liquida el proceso penal, para otros se aplica otro proceso minimalista y suave, con lo que se apuntala el criterio diferenciador entre *nosotros y ellos*, entre *amigos y enemigos*.

Muchos cambios introducidos han sido fruto de la evolución social, técnica, científica, etc.; si bien es cierto que una buena parte de ellos eran imprescindibles para la readaptación al mundo global y pueden percibirse positivamente, hay otros que han jugado como marionetas de la globalización para laminar las garantías en aras de la eficiencia. En suma, estamos ante un modelo procesal

líquido —o en estado de liquidación— que responde a una sociedad cada vez más desigual, menos justa y menos solidaria.

4.2.1. Cambio de protagonistas. Del Estado atópico a los nuevos protagonistas: trilogía funcional juez-fiscal-Policía; la irrupción de las víctimas, ¿prisiones privadas? y medios de comunicación en la Justicia penal

El fortalecimiento del Estado y la consolidación de los modelos jurídicos nacionales, propio de la sociedad moderna, dieron paso a una nueva realidad: los Estados cedieron parte de su soberanía y de su proyecto político y se integraron en instituciones supranacionales o internacionales. Se ha configurado una sociedad global que, allende lo económico, presenta múltiples aristas. La minimización de los Estados ha favorecido el surgimiento de un poder supraestatal también en lo jurídico y, con él, un proceso de armonización penal y procesal penal.

En materia penal, se han armonizado el tratamiento de la tortura, la trata de seres humanos, la explotación sexual de menores, la inmigración ilegal, la explotación laboral y el empleo ilegal, el racismo, la xenofobia y la discriminación de grupos, la criminalidad organizada, el terrorismo, la corrupción, el tráfico de armas, el blanqueo de capitales, el tráfico de drogas, los delitos de medio ambiente, la ciberdelincuencia, los delitos contra el sistema financiero, la falsificación de moneda, la piratería, etc., armonización que constituye una respuesta a la inoperancia de los Estados ante la nueva criminalidad⁷⁷. A estas figuras delictivas debe añadirse una larga lista de campos que afectan a la jurisdicción y competencia, a la justicia universal y a los derechos de los sujetos que intervienen en el proceso penal, amén de las víctimas, así como una extensa nómina de cuestiones relativas a la potenciación de la cooperación internacional, Eurojust, Red Judicial Europea, magistrados de enlace, Fiscalía Europea, asistencia judicial, orden de detención europea, embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de prueba, sanciones pecuniarias, reconocimiento mutuo de resoluciones (decomiso, resoluciones condenatorias entre Estados miembros con motivo de un nuevo proceso penal, sentencias condenatorias de penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE, y sentencias y resoluciones de libertad vigilada), exhorto europeo de obtención de pruebas, medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión provisional, orden europea de investigación, etc., o regulación sobre protección de datos, información de registros de antecedentes penales, así como toda la actividad de protección a las víctimas, etc. Se ha gestado una verdadera «potestad» legislativa de la UE en materias procesales penales, que ha sido completada por las Directivas en materia de derechos del sujeto pasivo del proceso dictadas a lo largo de los últimos años.

A todo ello se une el control jurisdiccional ejercido por el Tribunal de Justicia de la Unión y el TEDH. Ambos tribunales han jugado un papel esencial en la conformación de una doctrina sobre los derechos humanos y han configurado un pensamiento garantista⁷⁸ que, sin embargo, ha levantado no pocas suspicacias en algunos países. Hay quien ha visto una deriva de la soberanía nacional estatal en esta materia⁷⁹ que propicia un cierto imperialismo de los derechos humanos, tendencia contestada por un discurso político populista —de extrema derecha e izquierda— que esgrime la defensa de la identidad nacional y de los valores propios que permitan legislar sin las cortapisas o las imposiciones de las instituciones supranacionales o internacionales⁸⁰.

Junto a los procesos de «interregionalización» y «supranacionalización», ha surgido un poder penal internacional inspirado en el discurso político propiciado tras la Segunda Guerra Mundial. Ese discurso impulsó la aparición de tribunales creados por los vencedores de la guerra, que fueron tribunales excepcionales y especiales. La crítica a la creación de estos tribunales *ex post* desencadenó la creación del Tribunal (Corte) Penal Internacional⁸¹. La nueva filosofía de la intervención punitiva

defendía la lucha contra modalidades de criminalidad intolerables para la sociedad global: crímenes contra la humanidad, de lesa humanidad y crímenes de Derecho internacional, delitos a los que poco a poco se fueron incorporando aquellos que están afectando el panorama internacional de la sociedad neomoderna como el terrorismo, la criminalidad organizada, el comercio de armas y drogas, el combate contra la inmigración ilegal, etc. Creado a finales de los años noventa del siglo XX, la Corte (Tribunal) Penal Internacional —un órgano con personalidad jurídica internacional propia que no forma parte de Naciones Unidas— se presentó en la comunidad internacional como garante de los derechos frente a las barbaries totalitarias. Es, por ello, una clara manifestación del *ius puniendi internacional*. Las críticas vertidas contra el mismo se centran en dos cuestiones: en primer lugar, que no tiene jurisdicción planetaria (es decir, que tiene un poder sesgado), como lo demuestra el hecho de que países como EE. UU., Corea del Norte, China, Israel, India, Siria o Irak, entre otros, no están bajo su jurisdicción; en segundo lugar, se le acusa de incorporar un pensamiento único (occidental) de los derechos humanos expandido por la ideología de la globalización, es decir, una suerte de imperialismo de los derechos humanos⁸².

En suma, el poder penal supranacional y las instancias procesales internacionales han quebrado el monopolio del *ius puniendi* estatal. Los nuevos sujetos, instituciones y organizaciones ejercen, allende los Estados, potestad legislativa y jurisdiccional en materia penal. A título de ejemplo, en el proceso penal asistimos al fortalecimiento de algunos actores, como el Ministerio Fiscal o la Policía, a la irrupción de otros como las víctimas, y una reestructuración de algunos de sus roles, sin olvidar el «juego» de algunos intervinientes del sector privado.

– La mayor intervención del Ministerio Público en los ordenamientos jurídicos vino de la mano de la necesidad de separar las funciones de acusación y juzgamiento mediante su atribución a dos órganos distintos para evitar que uno corrompiera al otro⁸³. Desde el punto de vista procesal, quien acusa es quien debe conseguir el fundamento de la acusación. Cuestión distinta es cómo lograrlo y si el órgano competente está «obligado» a conseguirlo a toda costa y, por tanto, a acusar en todo caso que concurren indicios de criminalidad. La teoría es más que clara, y parece absolutamente razonable que el fiscal asuma la investigación, ya que es un órgano del Estado al que la ley atribuye esta función en cumplimiento de la legalidad: en la medida en que es parte, la función del fiscal debe quedar fuera de la esfera del juez, que debe tener atribuidas otras funciones en el sistema con las garantías necesarias para que el proceso sea sólido. Para ello, no obstante, el Ministerio Público debe tener independencia funcional respecto del Ejecutivo (situación que no se da en España y que ha generado no pocos problemas en relación con la persecución —y la intensidad de la persecución— de hechos delictivos); y debe garantizarse que tanto la Policía como cuantos otros organismos o entidades que puedan intervenir en la investigación y persecución de hechos delictivos se hallen bajo la supervisión del fiscal. Si en Europa el binomio fiscal/juez es una realidad, en España se han dado pasos en esa dirección (desde la ley de responsabilidad penal del menor, del año 2000, hasta las constantes reformas que han otorgado mayor poder de intervención al fiscal en los diversos procesos penales: en el abreviado (más tímidamente), en los juicios rápidos, así como en los delitos leves, pasando por la reciente atribución de la propuesta de resolución del fiscal a través del «decreto» (2015)). El protagonismo del fiscal en el proceso penal español es, en la actualidad, indudable y todo indica en el futuro será aun mayor.

– En segundo lugar, en la función de averiguación de los hechos ha adquirido un papel esencial la Policía judicial. La inexistencia de un cuerpo específico puede generar cierta confusión, dado que, por un lado, dependen de los fiscales y los jueces, pero, por otro, también dependen orgánicamente del Ministerio del Interior (o de las Comunidades Autónomas o los entes locales). Se ha convertido en pieza clave de la investigación criminal y, más allá de las funciones de protección y defensa

de la ciudadanía, también cumple otras funciones específicas llevadas a cabo unidades o brigadas especiales (droga y crimen organizado, delincuencia especializada y violenta, inteligencia criminal, delitos económicos, tecnológica). Su creciente protagonismo es consecuencia de la expansión del Derecho penal preventivo, que exige cada vez más investigadores capacitados para hacer frente a la sofisticación de la delincuencia y a la prevención de la misma, circunstancia que ha modificado las coordenadas del Derecho procesal y el rol de sus actores⁸⁴. La Policía asume nuevas técnicas de control del sospechoso que afectan a su persona o a sus derechos (por ejemplo, el de comunicación), es agente provocador, emplea bases de datos personales en la investigación e interviene a través de sus servicios de inteligencia en la actividad de la investigación (terrorismo, cibercriminalidad, bandas organizadas, etc.), alterando el equilibrio político-constitucional de los poderes represivos⁸⁵.

Esta situación propicia un nuevo debate sobre las funciones en la investigación de la Policía, el fiscal y el juez. Los asideros del sistema de justicia penal actual ya no son los jueces, ni siquiera los fiscales; es la Policía. Y no solo lo son *de facto*, sino que además generan ese sentimiento de «abrigo» en la sociedad que vivimos.

– En tercer lugar, hemos asistido al nuevo protagonismo de las víctimas. Tras un periodo de *vacío legal*⁸⁶ en el sistema penal, en la década de los años setenta surge un movimiento províctima en defensa de la «gran olvidada» en el Derecho penal con el fin de hacerlas visibles y propiciar un efecto pendular: de la ausencia a la presencia⁸⁷. En el actual modelo penal preventivo, el protagonismo de las víctimas en el proceso penal es una realidad legislativa innegable. Y no solo las víctimas directas, sino también las indirectas⁸⁸, e incluso las potenciales. Esa nueva visión ha dado cobertura a la aparición de normas en los diversos ordenamientos jurídicos⁸⁹ que, atendiendo a su seguridad, sus miedos, la necesidad de atención que merece la víctima, han ido incorporando un tratamiento propio —tanto en sede penal como en sede procesal— y han favorecido la toma de decisiones y la adopción de medidas pertinentes (pre e intraprocesalmente). Esta «irrupción» de las víctimas no es neutra. Afecta al proceso penal, a la función del Derecho penal y a las decisiones de política criminal. Ahora bien, la intervención de las víctimas no debe concebirse como una sustitución de la función preventiva —general o especial— por la función restaurativa, dado que en tal caso se produciría una quiebra absoluta del sistema de justicia penal de la modernidad —que, de hecho, ya está sucediendo en algunos casos—. Así, toda cautela es poca.

En el debate público se mantiene un discurso províctima en aras de la adopción de políticas de seguridad, discurso que recurre al reiterado mensaje de que todos somos potenciales víctimas de los delitos⁹⁰; se trata de un mensaje político y público que casa perfectamente con conceptos como la prevención y la seguridad. Información, políticas de protección, tratamiento con mayor sensibilidad son conceptos que redefinen algunos de los roles de los agentes públicos en torno a la nueva visibilidad de las víctimas. Proliferan las órdenes de compensación a las víctimas, los servicios de justicia restaurativa o *restorative justice* y, con base en ella, la incorporación y la consolidación del procedimiento de mediación entre la víctima y el ofensor, así como los programas de tratamiento para los ofensores a fin de que estos reconozcan el impacto de los delitos sobre las víctimas. Esa tendencia ha venido de la mano de la Unión Europea, que ha diseñado instrumentos de protección de las «víctimas», especialmente a partir de la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, que básicamente consagró los derechos de las mismas.

En suma, si bien la protección de las víctimas era probablemente una asignatura pendiente, no debe «manipularse» para favorecer un discurso del odio, del «otro», el enemigo (terrorista, maltratador, pedófilo, etc.) que, bajo el pretexto de la defensa de las víctimas, alienta un inhumano

endurecimiento de la respuesta penal. Muestras de esta tendencia son la reinstauración de las penas de muerte y de cadena perpetua o el alargamiento de las penas de prisión, así como la defensa de penas corporales (castración para pedófilos o violadores), entre otras. La tutela de las víctimas no puede llevarse a cabo a costa de la justificación de un endurecimiento perverso e inhumano de las respuestas penales⁹¹. Esto es, venganza, uso y abuso del sistema penal, populismo punitivo y, sobre todo, caldo de cultivo de más violencia, más agresión y más frustración.

– Finalmente, en el marco de la justicia penal intervienen otros sujetos que cumplen una función importante.

a) Por un lado, y a título de ejemplo, los psicólogos, asistentes sociales, abogados, etc., que intervienen como equipo técnico en la mediación penal. No sustituyen a los protagonistas del sistema, sino que los complementan.

b) Por otro, asistimos a una irrupción de agentes privados en tareas públicas de justicia. En algunos ordenamientos se han incorporado sistemas de gestión privada de las prisiones⁹². Es un camino hacia la «privatización de las prisiones» propio del modelo de Estado (minimalista, entrópico, reduccionista) de la globalización y del pensamiento económico neoliberal. En los sistemas anglosajones se presenta como un cambio imprescindible en el modelo de prisiones, que se consideraba fallido desde parámetros economicistas. La búsqueda de la eficiencia propició la aparición del modelo privado tanto respecto a las «maneras» de gobernanza penitenciaria como respecto a otras muchas cuestiones que afectan a la «estancia» de los condenados en los centros penitenciarios. La implementación de este nuevo modelo eficiente —que implicaba una reducción del gasto público⁹³— no ha dejado, sin embargo, indiferente a la doctrina: numerosos los autores se han mostrado, cuando menos, críticos con la legitimación política, jurídica e incluso moral del mismo⁹⁴. Se trata, a mi juicio, de una manifestación no ya de la liquidez del proceso de ejecución penal, sino de su «liquidación». Se licua el modelo y ello está impidiendo el cumplimiento de la condena de acuerdo con el régimen penitenciario establecido⁹⁵; obviamente, en un modelo líquido de cárceles privadas es imposible aplicar el sistema de beneficios penitenciarios⁹⁶.

c) Igualmente, han ganado un espacio enorme los medios de comunicación, tanto los tradicionales (prensa, radio, televisión) como las redes sociales. Son un altavoz informador de la investigación (incluso bajo secreto), en tiempo real, además de un transmisor en directo del juicio que anticipa resultados, propicia los juicios paralelos y las denominadas penas de telediario, y que prejuzga, genera «opinión» y sobredimensiona la libertad de información y el proceso público frente a los derechos a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la intimidad, el honor y la propia imagen.

4.2.2. Abuso de la legislación procesal penal y sobre todo de emergencia

Hemos presenciado, no solo en España, sino también en el ámbito global, una imparable y frenética actividad legislativa en materia penal que ha arrastrado reformas procesales penales. En el discurso político, la ley y el orden ha sido una constante, y la seguridad, el control, la lucha contra la criminalidad han sido los baluartes de las modificaciones del Código Penal siempre en dirección inversa hacia la despenalización. El proceso penal, la *cenerentola*⁹⁷, se presenta siempre en la hoja de ruta política y legislativa en un segundo nivel, en un segundo plano, juega en segunda división⁹⁸. Hemos asistido a un desmedido interés por engordar el Código Penal y a una frustrante inoperancia del sistema procesal penal ante la nueva realidad penal. Esto ha provocado reformas procesales en las que se han producido, por un lado, restricciones de derechos y, por otro, una búsqueda desesperada de las «salidas» del proceso, los pactos, que favorecen a «algunos» y palian el colapso del sistema.

En el marco de esta bipolaridad o esquizofrenia, hemos asistido a reformas procesales que han incorporado nuevos protagonistas al proceso, nuevos métodos de investigación sofisticados que son fruto de los avances de la ciencia, la técnica, la tecnología, normas de discriminación positiva en favor de la mujer (en los delitos de violencia de género), instrumentos de consenso reductores de la duración de los procesos —regulación de nuevos procedimientos rápidos, ágiles, incluso similares a la «justicia del mazo» americana, etc.—. Aunque la adaptación del proceso penal a la realidad del siglo XXI exigía reformas, la mayoría de las modificaciones legislativas han reforzado el desequilibrio entre seguridad y libertad a favor de la primera, una asimetría justificada en la agenda política internacional que olvida que la seguridad no es otra cosa que una libertad equilibrada⁹⁹ y no al revés.

4.2.3. Reformulación de los procedimientos penales: ¿proceso penal sólido, líquido o liquidable?

En esa adecuación de la legislación procesal penal al expansionismo penal, hemos asistido en todos los países a reformas constantes que han reformulado los procedimientos: se han creado nuevos procedimientos, se han introducido salidas o huidas de los existentes, y se han priorizado las manifestaciones de oportunidad que propician acuerdos, pactos, e incluso instrumentos complementarios como la mediación. No se trata de una radiografía local o localista, sino de una realidad global: asistimos a la búsqueda de la paradójica combinación «menos proceso» y «más Derecho penal»; nos hallamos en un escenario casi de pandemia legislativa procesal global en el que las normas se suceden de forma inconexa, a toda velocidad, tratando de reducir tiempos en los procedimientos. Hay una lema en todas estas reformas: *la procedura deve avanzare velocemente*¹⁰⁰. Para alcanzar este objetivo las técnicas empleadas son de doble naturaleza:

1. Por un lado, se reformulan los procedimientos existentes y se crean nuevos, muy abreviados y rápidos; para «ganar» tiempo, en ellos se alteran algunas de las bases fundamentales del sistema procesal garantista, esto es, se atenúa la obligación de motivar algunas resoluciones, se restringen los medios de impugnación, la composición de los miembros del tribunal en algunas cuestiones se reduce, optimizando así al órgano jurisdiccional, se concentran causas referidas a determinados sujetos en determinados órganos (ampliando una suerte de competencias especializadas y especiales) y se fomenta también la estrecha vinculación del proceso con el Derecho preventivo (policial) que, bajo el paraguas del proceso penal, construye, en palabras de Naucke, una arquitectura de la seguridad¹⁰¹. Basta pensar en las nuevas y sofisticadas «medidas cautelares», que tienen poco de cautelares y mucho de medidas preventivas o de seguridad.

Existe en estas últimas reformas una nota común: la reducción de plazos y de fases procesales —aun con merma de garantías— con un objetivo finalista: favorecer el acortamiento de tiempos y una mayor eficiencia (menos tiempo, menos gasto) en el sistema procesal. Ciertamente, en algunos casos las medidas que concretan este objetivo favorecen la acción de la justicia y la tutela judicial efectiva (duración en plazo razonable). En otros, sin embargo, desequilibran la balanza entre garantías y eficiencia en la justicia penal, o, lo que es lo mismo, la búsqueda a toda costa de la eficiencia puede cercenar —y así lo hace en ciertos casos— las garantías de los sujetos del proceso.

2. Por otro lado, se incorporan instrumentos de oportunidad en las reformas procesales (universalmente), que comprenden los pactos y los acuerdos, que favorecen ora los contenidos de las sentencias que deban dictarse, ora las decisiones de archivo, con la aquiescencia de todos los operadores jurídico-penales. En relación con esta política de reducción procesal, de modificación de procesos y de salidas o huidas del mismo, se ha fomentado desde hace ya bastantes décadas —sin disimular la fascinación por el pragmatismo del modelo procesal americano— el espacio en el que se incardina

el principio de oportunidad en materia penal y el fomento de los acuerdos entre acusado (y su defensor) y la fiscalía. Surgen y se consolidan diversas figuras —conformidades¹⁰², *Absprache*, *consens*, *patteggiamento* o *applicazioni della pena su richiesta delle parti*, *Plea bargaining*, etc.— que permiten alcanzar acuerdos tendentes a favorecer la terminación anticipada del proceso. Son, en suma, una manera de premiar la conducta del acusado que reducen su condena a cambio de la aceptación de la pena solicitada por la acusación —o la más grave de las solicitadas si hubiera varios acusadores— y que permiten dictar sentencia inmediatamente porque hacen que la vista sea innecesaria.

La reforma de los procesos penales (en el mundo occidental) ha supuesto una manera de generar diversos niveles procesales en la persecución de los hechos, lo que, dada la situación actual, no es una decisión líquida, sino sólida, consistente. Se ofrecen plurales respuestas ante plurales exigencias penales. Esos nuevos procesos, con esos nuevos protagonistas y esa posible oportunidad procesal, podrían favorecer una mayor fluidez (proceso fluido) y beneficiar en términos generales el buen hacer y desarrollo de la justicia. Ahora bien, lo que resulta altamente cuestionable es esa maníaca obsesión inoculada en el legislador procesal penal de la «obligación» de reducir, suprimir y eliminar todo o parte de los procesos en aras de unos criterios de eficiencia y eficacia que no deben ser en absoluto los que informen la actuación de la justicia, y menos aun de la justicia penal. Hay que seguir defendiendo la libertad y los derechos de las personas, por mucho que nos encontremos ante la sociedad de riesgo que transforma el Derecho penal en un Derecho dirigido a la defensa de los peligros¹⁰³. Parece que esto no lo tienen claro los «pensadores globales».

3. Un punto esencial en la naturaleza sólida, líquida o evanescente del proceso se halla en el cumplimiento de su función con todas las garantías y en igualdad para todos. La cuestión estriba en determinar, por tanto, el grado de liquidación de las garantías que se está produciendo en los últimos tiempos ante las imparable reformas procesales encaminadas hacia un objetivo finalista: menos proceso, más celeridad y, por ende, indudablemente, menos garantías. Evidentemente, no siempre es así, pero hay supuestos en que la obsesiva abreviación procesal lamina las garantías instrumentada en respuesta a la necesidad de dar satisfacción a una población que exige medidas penales duras, inteligentes y populares¹⁰⁴, buscando el efecto-«efectividad» a cualquier precio¹⁰⁵, lo que justifica políticamente consecuencias altamente preocupantes en el marco del proceso penal, unas consecuencias que nos hacen temer una suerte de liquidación de algunos de los baluartes esenciales del proceso mismo.

Por un lado, se ha caminado inexorablemente hacia el favorecimiento del *secreto de la investigación criminal*, medida que, obviamente, se justifica por la efectividad de la misma en un marco caracterizado por la complejidad, el entramado empresarial, el sistema organizativo, el empleo de instrumentos técnicos y tecnológicos sofisticados y un largo etcétera.

Por otro lado, y de forma imparable, las investigaciones están alcanzando a *terceros* que nada tienen que ver con la investigación (no son sospechosos) a través de la interceptación de escuchas telefónicas o de instrumentos tecnológicos de comunicación como los e-mails, los *WhatsApps*, etc. Estos terceros no tienen conocimiento de ello ni posibilidades de defensa alguna por su desconocimiento. Y lo más sorprendente es la aceptación y aquiescencia de la ciudadanía, que recuerdan a la *vigilancia líquida* de Bauman cuando se refiere a que los detalles más insignificantes de nuestras vidas son registrados y examinados como nunca antes se hizo con un elemento que es realmente conmovedor: con frecuencia los vigilados colaboramos voluntariamente con los vigilantes¹⁰⁶.

Adicionalmente, el proceso se torna líquido cuando no es igual para todos y la ley se aplica de forma distinta a *nosotros* o a *los otros*. Para unos, los nuestros, aplicamos la minimización procesal, grandes dosis de celeridad, incluso de instantaneidad a través de la permisibilidad de acuerdos, pactos y conformidades que potencien la reducción del proceso con bonificaciones en la sentencia.

Paralelamente, para los «otros», sobre los que pesa el pensamiento de la sociedad de riesgo que reclama seguridad, el régimen procesal es diverso: con incomunicaciones en privación de libertad, restricciones en el ejercicio del derecho de defensa, extensión de la duración de la detención o prisión provisional, adopción de medidas preventivas (órdenes de no acudir, de no acercarse, de no salir, etc.), cauciones más elevadas, medidas que favorecen en todo caso la segregación durante la pendencia del proceso y que tienen igualmente proyección en la sentencia, con sanciones más severas, manteniendo el rigor propio de la pena, cercenando la flexibilidad del régimen penitenciario, entre otras.

El reconocimiento de las garantías penales y procesales no es uniforme: se aplican limitaciones y restricciones a determinados delincuentes (los otros), consecuencia del Derecho penal de autor —que se aparta del Derecho penal del hecho—, tendencia que pone en evidencia la estigmatización de ciertos colectivos o delincuentes específicos sobre los que pesa esa necesidad de efectividad del Derecho penal. A ello coadyuva la liquidación de las garantías procesales. Se trasgrede el derecho a la presunción de inocencia, máxime cuando lo que prevalece es la amplia proyección del principio *in dubio pro securitate*¹⁰⁷. Es claramente un modelo procesal «en pie de guerra», esto es, un modelo que convierte al acusado en una *no persona* en aquellos supuestos en que debe haber y mantenerse el proceso hasta el final. Se entiende que esas *no personas* (enemigas del sistema) han abandonado el Derecho, en la concepción de Jakobs¹⁰⁸, y que, por ende, deben ser afectados por el sistema procesal y, por supuesto, condenados sin ninguna posibilidad de beneficio.

En suma, vivimos una esquizofrenia procesal, la de las dos velocidades, aquella en la que la fluidez procesal es el fruto de la posología suave o del tratamiento para «nosotros» (y que se dirige a esa necesidad de reducir, aplicar celeridad en el proceso penal), y la liquidación del proceso con garantías para quienes llegan al proceso con el estigma de ser «los otros» (más secreto de la investigación, más medidas preventivas y cada vez más sofisticadas, más agentes encubiertos, más agentes provocadores, más interceptación de comunicaciones, más videocámaras)¹⁰⁹. En ninguno de los dos casos asistimos a un proceso sólido, garante de la aplicación del Derecho penal al caso concreto con garantías, sino a una simulación que aniquila la tutela judicial efectiva y atenta contra los cimientos constitucionales del Estado de Derecho.

4.2.4. Mediación penal, una bocanada de aire fresco, pero con peligro de conversión en elemento de «liquidación» del proceso

La incorporación de la justicia restaurativa supone, por un lado, la aceptación de la inclusión en el sistema penal de la función restaurativa o reparadora y, en segundo lugar, la aceptación de que, además del proceso, pueden incorporarse al sistema vehículos de canalización de esta función, como sucede con la mediación; así viran los protagonistas de la justicia y en este procedimiento se da protagonismo al binomio presunta víctima-presunto autor, una tendencia que casa a la perfección con las políticas de protección a las víctimas a las que nos hemos referido *supra*.

Si bien en sus orígenes la mediación se incorporó en forma de proyectos piloto vinculados inicialmente a la responsabilidad penal de menores, en la actualidad ya son numerosas las legislaciones que, a través de diversas técnicas legislativas y diversas normas la mediación, han incorporado este procedimiento entre víctima y victimario, con la intervención de uno o varios mediadores que facilitan la comunicación entre ellos (en ocasiones es un equipo técnico). Este procedimiento actúa esencialmente como instrumento de canalización de la función restaurativa, pero puede igualmente propiciar un acuerdo que, incorporado al proceso, garantice las funciones de prevención general y, en su caso, la de prevención especial. Se trata de un procedimiento en el que se trabaja con conceptos como diálogo, comunicación, escucha, responsabilidad, ponerse en lugar del otro (bilateral), per-

dón, reparación etc., conceptos que tan chirriantes resultan al lenguaje penal en el sistema jurídico de la seguridad de la actual sociedad global. Solo por ello, frente a un lenguaje de guerra, enemigo, tolerancia cero, etc., es fundamental abrir la posibilidad de la mediación como una bocanada de aire fresco en el reconcentrado modelo cada vez más retributivo, inspirado en una desconfianza hacia el ser humano, en el miedo, el pánico, el control y la búsqueda desesperada de la seguridad a través del ultrapunitivismo. Merece, cuando menos, su consideración en esta sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada¹¹⁰.

Ahora bien, la mediación no es ni un medio contrapuesto ni alternativo al proceso, sino un complemento del mismo. Y a través del procedimiento en el que intervienen víctima-victimario-mediador puede darse debido cumplimiento a las tres funciones del Derecho penal: la preventiva, la resocializadora y la restaurativa. Si el empleo de la mediación penal se realiza desde las lentes del pensamiento economicista, una institución como esta podría ser presentada mediante un discurso político optimista que considere que favorece el acortamiento de los procesos y, con él, menos trabajo, menos desgaste de medios y de personal y mucho menos presupuesto económico o, lo que es lo mismo, estaríamos simplificando las cosas para licuar mucho más el proceso, propiciando su liquidez. Obviamente, no debe aceptarse esta visión de la institución.

En suma, concluimos afirmando que, en el paisaje penal involucionado, regresivo, atópico y contradictorio que vivimos, la mediación penal adquiere paulatinamente espacio en el mundo de la justicia penal y se convierte en una bocanada de aire, de frescura, que permite una mirada desde las personas, que no es una medida alternativa, sino complementaria del proceso penal. Su imbricación en el sistema penal sancionador a través de la valorización de la reparación ha supuesto una relectura de aquel desde la perspectiva de los derechos humanos¹¹¹. Solo desde la vuelta a la tutela de estos derechos será posible reconstruir una sociedad más justa, más equitativa¹¹², más solidaria y también más segura.

Es indudable que, frente al diagnóstico de una sociedad con paranoia por la seguridad, con cada vez *más desigualdad, más ansiedad, más suicidios, más depresión, más criminalidad y más miedo*, como apuntaba Bauman, la mediación penal —que puede hasta servir a los fines de eficacia de la justicia penal en su conjunto— permite que las personas «vuelvan» a ser eje de protección del Derecho. Solo por eso, y aun cuando con algunas cautelas, vale la pena hacerle espacio en el sistema penal.

NOTAS

1. Bauman (2006: 9); *vid.*, asimismo, Bauman (2003a; y 2005).
2. Bauman (2006: 90).
3. Bauman (2006: 89).
4. Arendt (1970: viii).
5. Considera Bauman que «todos debemos participar en la elaboración y construcción de la cultura del diálogo capaz de sanar las heridas de nuestro mundo multicultural, multicéntrico y multiconflictivo [...] los habitantes de la Tierra nos encontramos ante una verdadera disyuntiva: o unimos nuestras manos, o nos unimos a la comitiva fúnebre de nuestro propio entierro en una misma y colosal fosa común» (Bauman, 2017: 160-161).
6. Ordóñez (2016: 95).
7. Beck (2007; 1992 y 1999); *vid.*, también, Beck y Holzer (2004: 421-439).
8. Zaffaroni (2006: 229 y ss.).

9. Bauman (2003*b*: 169).
10. *Ibidem*: 59.
11. Castells (²2000).
12. Vervaele (2017: 466). Como afirma este autor, la transición de una nación-Estado a una nación en red es un proceso político y de organización, motivado por la transformación política, representación y dominación de las condiciones de la sociedad en red.
13. Merry (1981).
14. Williams (2011: 453).
15. Abrahamsen (2005: 55-80).
16. Baratta (2001: 113 y ss.).
17. Puede verse Sieber (2008: 126-127). Con anterioridad, Sieber (2004-2006: 35-79).
18. Maier (2009: 117-122).
19. Young (1999).
20. Rodenstedt (2017: 111). La autora considera que la idea de seguridad está directamente vinculada a la del miedo y explica las medidas adoptadas en materia de prevención adoptadas en Suecia en aras de alcanzar la seguridad ciudadana.
21. Garland (2002*a*: 172).
22. Williams (2011: 455).
23. Garland (2002*a*: 175).
24. Simon (2007: 23).
25. Foster (2011: 18). Exactamente, esta autora afirma: «Precaution involves a preparedness by public authorities to intervene in advance in relation to potential, uncertain or hypothetical threats».
26. Garland (2002*a*: 17).
27. Müller (2013).
28. Legnaro (2017: 19).
29. Explica el denominado *das Disorder-Modell* y sus efectos Häfele (2017: 193-196).
30. Chappell, Monk-Turner y Payn (2017: 257-261).
31. Mir Puig (2006: 52).
32. Donini (2011: 22-23).
33. La constitución de este Derecho penal del enemigo es, según Hassemer (2006: 328), una desviación ilegítima del Derecho penal orientado a la prevención («die Lehre vom Feindstrafrecht ist der Bastard des präventiven Strafrechts»).
34. Mir Puig (2011: 118).
35. Garland (2002*a*: 127).
36. Simon (2007: 77).
37. Garland (2002*a*: 192).
38. Llegado a este punto, podríamos emplear el término de «megapreventivo» que utiliza Díez Ripollés,(2001: 124).

39. Hassemer (1992: 235 y ss.). Kühlen (2004: 76) se refiere en su obra al «Derecho penal simbólico-engañoso», que favorece la manipulación política de la gente.
40. Carbonell Mateu (2001: 19).
41. Garland (2002a: 134-135).
42. Puede verse, entre otros, Sieber (2016: 351-372).
43. Persak (2014: 244).
44. Donini (2011: 14-15).
45. Entendido en el sentido de una regla mínima de pacífica convivencia y de paz social, tal como apunta Insolera (2011: 203).
46. Pérez Cepeda, (2007: 38).
47. Verbaele (2017: 486-487).
48. Ferrajoli, (2016: 19).
49. Maier (2001: 1215).
50. Maier, (2009: 117-122).
51. *Ibidem*: 106-108.
52. Díez Ripollés (2017).
53. Del Rosal Blasco (2009: 11-20).
54. Díez Ripollés (2004: 13, 14 y 16).
55. Como expone Shetty (2017: 9), «[...] la retórica del odio ha tenido un peligroso y amplio impacto en las políticas, hasta el punto de que se ha convertido en una peligrosa fuerza en los asuntos del mundo. Sea Trump en EE. UU., Orbán en Hungría, Erdogan en Turquía o Duterte en Filipinas, cada vez son más los políticos que dicen ser “antisistema” y que tienen una agenda perversa que persigue, convierte en chivos expiatorios y deshumaniza a grupos enteros de personas».
56. Silva Sánchez (2011).
57. Garland (2002a: 109).
58. Hudson (2003: 45).
59. Garland (2002a: 199).
60. Díez Ripollés (2004: 7, nota 7).
61. Díez Ripollés (2017: 8).
62. Wacquant (2001: 404). Este autor considera que la prisión es un mecanismo para «gobernar la pobreza» sometiendo a una suerte de «ghetto» al sector de la población no integrada, peligrosa y marginal.
63. Baratta (2001: 118).
64. Díez Ripollés (2017: 10).
65. *Ibidem*: 10.
66. Pulitanò (2011: 130).
67. Caputo (2011: 178)

68. *Ibidem*: 159.
69. Fiore (2011: 46-47).
70. Baratta (2000: 28).
71. Habermas (2002: 131).
72. Una visión de la historia del proceso penal puede verse en Barona Vilar (2017a).
73. Roxin, Schönemann y Kern (251998).
74. Como apuntaba Goldschmidt (1934: 109 y ss.), el proceso penal de una nación es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su constitución.
75. Ferrajoli (2016: 129).
76. Es por ello, como apunta Albrecht (2006: 123), que el proceso penal es el *sismógrafo* que permite medir la libertad y la seguridad.
77. Arroyo Zapatero (2013: 14-15); y Arroyo Zapatero y Nieto Martín (2008).
78. Vogler (2017: 330); Stone Sweet (2011: 1861); y O'Boyle (2008: 1-11).
79. Stone Sweet (2011: 1865).
80. Vogler (2017: 327-328).
81. Pastor (2009: 213).
82. Vid., la posición crítica que mantiene Ferrajoli (2001: 807-808); también, Pastor (2009: 213-217), que considera que este poder penal internacional está favoreciendo una manifestación del Derecho penal del enemigo porque dirige una lucha contra la criminalidad de forma sesgada, no es ni a todos ni para todos, amén de presentar una modalidad de punición infinita, «sistema creado no para investigar y juzgar, sino para condenar, pues su objetivo eufóricamente declamado es acabar con la impunidad».
83. Orlandi (2012: 943-944).
84. Orlandi (2011: 94-95).
85. *Ibidem*: 97.
86. En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, al que se refiere Fattah (1991: 45). Se tradujo al alemán este mismo término como *rechtlichen Nichts*, al que se refiere Kilchling (1995: 1).
87. Barona Vilar (2011: 96).
88. Garland (2002a: 11). Este autor habla de «retorno» de la víctima.
89. Gómez Colomer (2015a: 100-129). También (2015b).
90. Simon (2007: 110). También, Muñoz Conde (2005).
91. Amelung (2005: 3 y ss.).
92. Han surgido en algunos países el denominado *correctional business*, que permite dirigir y gestionar la prisión como si de una empresa o una multinacional se tratara (con beneficios derivados del trabajo de los internos, con cotización en bolsa, etc.). Es aplicar la idea del coste-beneficio, y por tanto la rentabilidad en el ejercicio de la función privada de gestión de prisiones. Puede verse Zolo (2006).
93. Aman y Greenhouse (2014: 256 ss.).
94. Mooney (2005: 675-680). También se muestra muy crítico Garland (2002b: 459-487).

95. Se afianza lo que Allen (1981) denominó el declive del ideal rehabilitador.
96. Garland, (2002a: 8).
97. Carnelutti (1946: 73 y ss.).
98. Barona Vilar (2017b: 48).
99. Albrecht (2006: 25).
100. Naucke (2011: 86).
101. Naucke (2011: 86).
102. Sobre la irrupción y desarrollo de la conformidad en el proceso penal, con un estudio de Derecho comparado, puede verse Barona Vilar (1994).
103. Hassemer (2011: 78).
104. Garland (2002a: 13).
105. Paliero (2004: 118).
106. Bauman (2013). Él mismo reflexiona en torno a la cuestión de *quién vigilará a los propios vigilantes*, y esto lo vincula a la continua violación del derecho a la intimidad y a la dignidad de las personas, y a la aceptación de esto por la sociedad. Bauman manifiesta constantemente la incertidumbre que le genera el no saber quién, cuándo, para qué y desde dónde te controlan.
107. Prittwitz (2011: 116).
108. Jakobs (2006: 57 y ss.).
109. Maier, (2001: 1216 y 1226). Maier considera que todo ello demuestra que el modelo procesal diseñado en el Estado democrático de Derecho no alcanza a «servir» a lo que la sociedad demanda, apareciendo soluciones que provienen de un pensamiento global, internacional o supranacional, que inundan los ordenamientos nacionales para dar respuesta a ese nuevo modelo penal. Él habla de la «crisis del sistema penal», crisis en cuanto rompe con el modelo del sistema penal de la Ilustración y en concreto quiebra el significado de la pena, la función del Derecho penal, los límites a las penas que puede imponer el Estado y la relación entre la pena y los intereses concretos de los individuos, el fin y la función del proceso penal, las relaciones entre los diversos sujetos del proceso, especialmente entre los órganos del Estado y las partes privadas del proceso, y el papel del imputado en el proceso penal.
110. Barona Vilar (2015: 202-203).
111. Mannozi (2012: 845).
112. Como apunta Portilla Contreras (2003: 99), la desigualdad social generada por las políticas neoliberales mina cualquier intento de realizar la igualdad necesaria para que la democracia sea creíble.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAMSEN, Rita (2005): «Blair's Africa: The Politics of securitization and fear», *Alternatives*, 30 (1).
- ALBRECHT, Peter A. (2006): *Die vergessene Freiheit*, Berlín: Berliner-Wiss Verlag.
- ALLEN, Francis (1981): *The Decline Of The Rehabilitative Ideal*, New Haven: Yale University Press.
- AMAN, Alfred C. y Carol J. GREENHOUSE (2014): «Prison privatization and Inmate Labor in the global Economy: Reframing the debate over private prisons», *Fordham Urb. L. J.*, Vol. XLII.
- AMELUNG, Knut (2005): «Auf der Ruckseite der Strafnorm, Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation», en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Eser*, München.
- ARENDDT, Hannah (1970): *Man in Dark Times*, Londres: Mariner Books.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, (2013): «La armonización internacional del Derecho Penal. Hechos, actores y procesos en el camino de la armonización», en *Armonización penal en Europa*, European Inklings (EU).

- ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán NIETO MARTÍN (2008): *Código de Derecho penal europeo e internacional*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- BARATTA, Alessandro (2000): «Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti?», *Democrazia e Diritto*, 9.
- (2001): «El concepto actual de seguridad en Europa», en *RCSP (Revista Catalana de Seguretat Pública)*, 8.
- BARONA VILAR, Silvia (2011): *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2015): «Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)», en J. L. Gómez Colomer (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, Vol. I, Castellón: Ed. Universitat Jaume I, Col.lecció Estudis Jurídics, Núm. 22.
- (2017a): *El proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017b): «Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI», en S. Barona Vilar (ed.), *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch
- BAUMAN, Zygmunt (2003a): *Modernidad líquida*, México: Fondo de cultura económica.
- (2003b): *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid: Siglo XXI.
- (2005): *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, México: Fondo de Cultura Económica.
- (2006): *Vida líquida*, Barcelona: Paidós.
- (2013): *Vigilancia líquida*, Barcelona: Paidós.
- (2017): *Retrotopía*, Barcelona: Paidós.
- BECK, Ulrich (1992): *Risk society: Towards a New Modernism*, Londres: Sage.
- (1999): *World Risk Society*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2007): *Weltrisikogesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.
- BECK, Ulrich y Boris HOLZER (2004): «Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?», en U. Beck y C. Lau (eds.), *Entgrenzung und Entscheidung*, Frankfurt: Suhrkamp.
- CAPUTO, Angelo, (2011): «Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- CARBONELL MATEU, Joan Carles (2001): «Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad», *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- CARNELUTTI, Francesco (1946): «Cenerentola», en *Rivista di Diritto Processuale*, I.
- CASTELLS, Manuel (2000): *The Rise of the Network Society: The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. 1, Malden: Blackwell.
- CHAPPELL, Allison T, Elizabeth MONK-TURNER y Brian K, PAYNE (2017): «Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life», en K. Holsinger y L. Sexton (eds.), *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, New York: Routledge.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, (2009): «¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08.
- DIÉZ RIPOLLÉS, Jose Luis (2001): «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en VVAA, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED.
- (2004): «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03.
- (2017): «El abuso del sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-01.
- DONINI, Massimo (2011): «La sicurezza come orizzonte totalizante del discorso penale», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- FATTAH, Ezzat A. (1991): «From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change», *Annales Internationales de Criminologie*, 29 112.
- FERRAJOLI, Luigi (2001): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- (2016): *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- FIORE, Carlo (2011): «Relazione Introduttiva», en A. M. Stile (ed.) *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- FOSTER, Caroline E. (2011): *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GARLAND, David (2002a): *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press.
- (2002b): «The Cultural Uses of Capital Punishment», *Punishment and Society*, 4(4).
- GOLDSCHMIDT, James (1934): *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona: Bosch.

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, (2015a): «Víctima del delito y Europa», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 17.
- (2015b) *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Cizur Menor: Aranzadi.
- HABERMAS, Jürgen (2002): *Crear y saber. El futuro de la naturaleza humana*, Barcelona: Paidós.
- HÄFELE, Joachim (2017): «Disorder, (Un)-Sicherheit, (In)-Toleranz», en J. Häfele, F. Sack, V. Eick, y H. Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Wiesbaden: Springer.
- HASSEMER, Winfred (1992): «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45 (1).
- (2006): «Sicherheit durch Strafrecht», *Strafverteidiger*, abril.
- (2011): «Libertà e sicurezza alla luce della política criminale», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- HUDSON, Barbara (2003): *Justice in the risk society*, Londres: Sage.
- INSOLERA, Gaetano (2011): «Sicurezza e ordine pubblico», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- KILCHLING, Michael (1995): *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg: Edition Iuscrim (MPI).
- KUHLEN, Lothar (2004): «La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo», en F. Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JAKOBS, Günther (2006): «¿Terroristas como personas en Derecho?», en G. Jakobs y M. Cancio (eds.), *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
- LEGNARO, Aldo (2017): «Die (Europäische) Stadt auf dem Weg zum Nicht-Ort?», en J. Häfele, F. Sack, V. Eick y H. Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Wiesbaden: Springer.
- MAIER, Julio B. (2001): «Inquisition oder Komposition?», en H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H. J. Rudolphi y B. Schünemann (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín: De Gruyter.
- (2009): «Estado democrático, Derecho penal y procedimiento penal», en J. B. Maier y G. E. Córdoba (coords.), *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- MANNOZZI, Grazia (2012): «Commento a “Concessione della misura alternativa della semilibertà. La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia Tribunale di Sorveglianza di Venezia, Ordinanza 7 gennaio 2012, n. 5”», *Diritto penale e processo*, 7.
- MERRY, Sally E. (1981): *Urban Danger: Life in a Neighbourhood of Strangers*, Philadelphia: Temple University Press.
- MIR PUIG, Santiago (2006): *Estado, pena y delito*, Montevideo: Ed. B. de F.
- (2011): «Evoluzione política e involuzione del Diritto Penale», en A. M. Stile (ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- MOONEY, Christopher Z. (2005): «The Politics of Morality Policy: Symposium Editor's Introduction», *Policy Studies Journal* 27 (4), julio.
- MÜLLER, Anna-Lis (2013): *Green creative City*, Konstanz: UVK.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): «Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo”», en *Revista General de Derecho Penal*, 3. Disponible en: <www.iustel.com>.
- NAUCKE, Wolfgang (2011): «La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- O'BOYLE, Michael (2008): «On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, 1.
- ORDÓÑEZ, Leonardo (2016): «La globalización del miedo» *Revista de Estudios Sociales*, 25, diciembre.
- ORLANDI, Renzo (2011): «Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- (2012): «Pubblico Ministero», *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffré Editore.
- PALIERO, Carlo E. (2004): «La autocomposición de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo», en F. Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PASTOR, Daniel R. (2009): «El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en J. B. Maier y G. E. CORDOBA (coords.), *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Buenos Aires: Ed. AdHoc.
- PÉREZ CEPEDA, Ana I. (2007): *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Madrid: Iustel.

- PERSAK, Nina (2014): «Using “Quality of Life” to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder», en A. P. Simester, AP, A. Du Bois-Pedain y U. Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Adreas von Hirsch*, Oxford: Hart Publishing.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2003): «La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales», en L. Arroyo, A. Nieto y U. Neumann (coords.), *Crítica del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- PRITTWITZ, Conelius (2011): «La concorrenza diseguale tras sicurezza e libertà», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- PULITANÒ, Domenico (2011): «Sicurezza e diritto penale», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna: Bologna University Press.
- RODENSTEDT, Ann (2017): «Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden», en J. Häfele, F. Sack, V. Eick, y H. Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Wiesbaden: Springer.
- ROXIN, Claus, Bernd SCHÜNEMANN y Eduard KERN (251998): *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, Munich: C. H. Beck.
- SHETTY, Salil (2017): «La política de la demonización» Amnistía Internacional, *Informe anual 2016/2017*.
- SIEBER, Ulrich (2004-2006): «Grenzen des Strafrechts» en H. J. Albrecht y U. Sieber (eds.) *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*. Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- (2008): «Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal», *Revista Penal. La Ley*, julio
- (2016): «Der paradigmwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht», en K. Tiedemann, U. Siebe, H. Satzger, C. Burchard y D. Brodowski (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a (2011): *La expansión del derecho penal*, Madrid: Edisofer.
- SIMON, Jonathan (2007): *Governing through Crime*, Oxford: Oxford University Press.
- STONE SWEET, Alec (2011): «The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering», *Cardozo Law Review*, 33.
- VERVAELE, John E., (2017): «¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites», en S. Barona Vilar (ed.), *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VOGLER, Richard (2017): «The ECtHR as guardian of due process in European Criminal Justice: Threats and Challenges», en S. Barona Vilar, *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- WACQUANT, Loïc (2001): «The Penalisation of Poverty and the Rise of Neo-Liberalism», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 9 (4).
- WILLIAMS, Michael C. (2011): «Securitization and the liberalism of fear», *Special issue on The Politics of Securitization, Security Dialogue*, 42 (4-5). Disponible en: <<http://sdi.sagepub.com/content/42/4-5/453.full.pdf+html>>.
- YOUNG, Jock (1999): *The Exclusive Society*, Londres: Sage
- ZAFFARONI, Eugenio R. (2006): *El enemigo en el derecho penal*, México: Ediciones Coyoacán.
- ZOLO, Danilo (2006): «Globalizzazione carceraria. L'esplosione del carcere negli Stati Uniti e in Europa», *Il Manifesto*, 30 de marzo.

Fecha de recepción: 21 de julio de 2017

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017