

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 22 y 23 , Época II, 2023

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL SIGLO XXI. UN BREVE ESBOZO A SUS FUNDAMENTOS SOCIOLOGICOS Y JURÍDICOS

Edgar Iván Colina Ramírez*
Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2023
Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2023

RESUMEN: Uno de los problemas actuales de la Política criminal de nuestros días es el incremento desmedido y su alejamiento de los principios fundadores de un Estado Social y Democrático de Derecho, bajo ese paradigma es donde encuentran acomodo los nuevos modelos de seguridad ciudadana, que en aras de conseguir la anhelada seguridad en sus ciudadanos a cambio restringen y vulneran derechos fundamentales, que además no ayudan a reducir los índices delictivos, pues existen otros programas menos invasivos que han tenido mejores efectos que las políticas de la seguridad ciudadana.

ABSTRACT: One of the current problems of today's criminal policy is the disproportionate increase and its distance from the founding principles of a Social and Democratic State of Law, under this paradigm is where the new models of citizen security find accommodation, which in order to achieve the desired security in their citizens in exchange restrict and violate fundamental rights. They also do not help to reduce crime rates, since there are other less invasive programs that have had better effects than citizen security policies.

PALABRAS CLAVE: política criminal, justicia penal, seguridad ciudadana, riesgo.

KEYWORDS: Criminal Policy, Criminal Justice, Citizen Security, Risk.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Análisis de las diversas acepciones del concepto seguridad; A) Seguridad / comunitarismo; B) Seguridad y riesgo; C) Seguridad / libertad; 3. Modelos del ideal securitario; A) Las perversas consecuencias jurídico-sociológicas del ideal securitario; a) Tolerancia Cero; b) Ley three strikes and you're out; c) Ley Megan; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

* El autor agradece a Soraya GALLEGO GARRIDO, la ayuda prestada en la realización del presente artículo. Este trabajo de investigación se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación "El acceso a la justicia de las personas vulnerables", subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos I+D+i de Generación de conocimiento (Ref. PID2021-123493OB-100), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA.

1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los males endémicos de la sociedad actual, es sin lugar a duda el sentimiento de inseguridad; ya lacónicamente mencionó SILVA SÁNCHEZ que el ciudadano manifiesta que «*nos están matando, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién ni cómo ni a qué ritmo*»¹. Este sentimiento, no nace *ex nihilo*, sino que tiene su origen en la modernidad y en el proceso globalizador a que conlleva dicha modernidad². Con ellos, nos referimos a un *aspecto subjetivo* de la seguridad, pues la razón de que en las sociedades modernas sean excesivamente complejas tienen como contrapartida que la percepción de la realidad en todas las áreas de la vida hace, que las decisiones y justificaciones de expectativas seguras, resulte más difícil.

La relación del individuo con su entorno resulta *per se* bastante compleja. Si a ello le añadimos que el progreso y desarrollo no siempre o casi nunca resultan previsibles, ello producirá más incertidumbre en la sociedad; lo que tiene como lógica consecuencia que no exista un sentimiento de seguridad al menos como una expectativa fiable³. La promesa de seguridad del mundo moderno se ha vuelto frágil; la transformación incondicional de creer en la seguridad ha terminado por erosionar las expectativas de seguridad, por lo que se crea una sensación de inseguridad y de incertidumbre que se recrea en el espacio social y político ha tenido varias dimensiones (económica, social y política), tanto endógenas como exógenas⁴.

¿Cómo garantizar la seguridad tanto exterior como interior de una comunidad, ante las nuevas amenazas?, si la evolución de los mercados financieros internacionales, la delincuencia organizada transfronteriza o el terrorismo internacional, es cada vez más notoria. Resulta claro que la estructura político institucional es sólo parcialmente capaz de diseñar estrategias de respuesta y éxito adecuados y eficaces de implementar. La inercia de las instituciones y su insistencia en las habilidades de resolución de problemas no se correlaciona con la aparición acelerada de los nuevos problemas. Esta vocación de la internacionalización y la privatización amenazan el control y el monopolio del poder de los Estados nacionales.

Las teorías contractualistas (Thomas HOBBS⁵ y John LOCKE), radicaban en gran medida sobre la distribución de tareas del gobierno en el orden público y la seguridad, es decir en el ámbito de la protección de los ciudadanos contra el Estado y la protección del Estado a los ciudadanos. La seguridad está en el pensamiento constitucional moderno⁶, pues a través de esta es como encuentra significado la libertad; no obstante es en tiempo

* El autor agradece a Soraya GALLEG0 GARRIDO, la ayuda prestada en la realización del presente artículo. Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “El acceso a la justicia de las personas vulnerables”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos I+D+i de Generación de conocimiento (Ref. PID2021-123493OB-100), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª. ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pág. 16.

² Es doctrina unánime en la sociología atribuir el fenómeno de inseguridad, a la sociedad moderna, *Vid.* por todos a BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge NAVARRO, *et alli*, Paidós, Barcelona, 1998, *passim*.

³ GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und Freiheit», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N° 10/11, 2002, pág. 4.

⁴ GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und...», *op. cit.*, 2002, pág. 4.

⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, trad. Carlos MELLIZO CUADRADO, Alianza Editorial, Madrid, 2009, *passim*. LOCKE, John *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, 7ª. reimp., Carlos MELLIZO, Alianza Editorial, Madrid, 2012, *passim*.

⁶ En este sentido *vid.* el art. 17.1 de la CE, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 5.1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9. 1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue aprobada en la reunión del Consejo de Niza de diciembre de 2000.

reciente cuando el ideal de la seguridad, se ha convertido como un modelo orientador del ideal libertario.

Las ideas de las revoluciones americana y francesa vieron la República como el poder, que es responsable de la protección de los derechos estatales de las personas y que protege sus vidas, sus libertades individuales y su propiedad, de los ataques de terceros. En ese sentido, lo que se garantiza es la función de seguridad por parte del Estado. Anteriormente, en el estado pre-constitucional, especialmente en las monarquías se basaban en el fortalecimiento del *status quo*. En las obras constitucionales liberales del siglo XIX, introdujeron el concepto de seguridad jurídica, la delimitación de responsabilidades y la intervención del Estado, se redujo a la protección de la esfera individual de los ataques del Estado; la creación, protección y control de los procesos que deben garantizar que las libertades individuales, la libertad de los contratos y los derechos de propiedad pueden ser considerados como seguros. El concepto de seguridad, que había recibido, además de una dimensión social y política en el siglo XIX, llevado a cabo desde un pensamiento liberal, la consideración exclusiva de la relación del individuo con el Estado, se rompió, en el siglo XX; pues a este concepto se le añadió un componente filosófico e ideológico, que dejó los límites entre interior y exterior de manera confusa que en muchos casos va más allá del reconocimiento de seguridad en una doble relación (Estado / Individuo), para pasar a una relación multipolar del orden estatal, los individuos, los grupos económicos y sociales, movimientos políticos, etc.

Si bien, se consideró que en la modernidad se crearían amplios espacios de bienestar, los que la sociología denominó como: «coste de oportunidad»⁷, en este sentido tanto MARX como DURKHEIM, señalaron que la modernidad traería consigo beneficiosas posibilidades⁸.

Según MARX, la era de la modernidad traería consigo el surgimiento de un sistema social más humano, mientras que para DURKHEIM la industrialización tenía como referente una armoniosa y satisfactoria vida social formada a través de la combinación de la división del trabajo y el individualismo moral⁹. Tal vez la visión más pesimista de la modernidad fue la de WEBER, el vio el mundo moderno como una paradoja en la que el progreso material sólo se obtenía a través de la expansión de la burocracia que sistemáticamente aplastaba la creatividad y la autonomía individual¹⁰.

Para estos autores, la modernidad era un cambio tan radical en la sociedad que del despotismo del poder político pertenecía esencialmente al pasado, que era una característica propia de los estados pre-modernos, no obstante como señala GIDDENS el ascenso del fascismo, el Holocausto, el Estalinismo y otros episodios de la historia del siglo pasado, se puede observar que las posibilidades totalitarias están contenidas dentro de los parámetros institucionales de la modernidad¹¹ (vgr. El régimen Venezolano, Cuba, etc.), estos regímenes conectan al poder político con el militar y el ideológico, de forma más concentrada que la que era posible antes del surgimiento de los estados nacionales modernos.

2. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS ACEPCIONES DEL CONCEPTO SEGURIDAD

El concepto de seguridad es una construcción social, que no se refiere a hechos inmóviles, sino más bien a seguridades sociales, establecidas bajo determinadas formas. Por tanto, si se quiere establecer una noción social cuando menos razonable, se debe atender a diversos

⁷ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, trad. Ana LIZÓN RAMÓN, 1ª, reimp., Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 20.

⁸ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, op. cit., 1994, pág. 20.

⁹ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, op. cit., 1994, pág. 20.

¹⁰ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, op. cit., 1994, pág. 20.

¹¹ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, op. cit., 1994, pág. 21.

aspectos que se encuentran intrínsecos precisamente en la propia noción de seguridad, pues ya Kaufmann señaló refiriéndose a la seguridad que esta es: «una idea de valor social»¹².

En este sentido, se pueden señalar cuando menos cuatro estamentos sobre el concepto de seguridad¹³:

- Poder confiar, no ser defraudado y evitar riesgos. Se asocia con este término la ausencia de o la protección contra peligros.
- Seguridad del estatus, mantenimiento del nivel de vida alcanzado por los individuos y/o grupos sociales y la preservación del estatus quo social y político, en el cual los ciudadanos se han instalado.
- Cierta configuración institucional, que parece idónea para defenderse contra las amenazas internas y externas al orden social y político.
- Y en sentido jurídico, la integridad de derechos, cuya protección es tarea principal del Estado. Algunos autores hablan de la seguridad como un derecho fundamental del hombre y, en términos legales, significa la protección frente al ejercicio arbitrario del poder y el respeto de las reglas de la convivencia y del modo de vida individual.

A) SEGURIDAD / COMUNITARISMO

No cabe duda de que el hombre es gregario por naturaleza, nace, crece y se desarrolla en una comunidad determinada, en ella define su identidad, se reafirma y se constituye, asimismo, es decir en comunidad se siente seguro. No obstante, la paradoja de la comunidad es que esta se torna excluyente, ello para garantizar su supervivencia, todas las comunidades son una postulación, un proyecto y no una realidad, algo que viene después y no antes de la elección individual¹⁴.

En este sentido se puede decir que la idea de pertenencia a una comunidad niega cualquier noción de diferencia, por lo que inconscientemente desprecia a aquellos que se encuentran fuera de ella. Así, por ejemplo, el racismo y el menosprecio a la noción de clase, se acrecienta en razón, en base a un deseo de concebir a los otros como ellos se conciben a sí mismos, así como de ser concebidos como nosotros mismos nos concebimos. Por lo que, para poder hablar de un ideal securitario es necesario que exista una relación recíproca de entendimiento, lo que sólo se alcanza si existe un grupo homogéneo que se define a sí mismo mediante atributos comunes¹⁵.

Dicha identificación tiene como consecuencia común que se desarrollen dinámicas racistas y xenóforas, de ahí que la no pertenencia al grupo se observa como lo otro, el semi-humano menospreciado. Los excluidos crean divisiones entre ellos, esto crea problemas de seguridad y salvaguarda para otros miembros de la comunidad, así los excluidos; crean una identidad que margina y excluye, excluyen a otros usando la agresión y el rechazo, y son, a su vez, excluidos y rechazados por otros, ya sean los directores de las escuelas, los guardias de

¹² KAUFMANN, Franz Xaver, *Sicherheit als soziologisches und soziopolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Lit Verlag, Stuttgart, 1970, pág. 62.

¹³ GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und...», *op. cit.*, 2002, págs. 3 y ss.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 3ª reimp., trads. Mirta ROSENBERG / Jaime ARRAMBIDE SQUIRRU, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 181.

¹⁵ Vid. ampliamente a YOUNG, Jock, *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, presentación (El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social) de Roberto BERGALLI, trad. Roberto BERGALLI / Ramiro SAGARDUY, 2004, pág. 270.

seguridad de los centros comerciales, el ciudadano «honesto», o el agente de policía de servicio. Las dialécticas de la exclusión están en marcha: una amplificación de la desviación que progresivamente acentúa la marginalidad, dicho proceso, involucra tanto a la sociedad más amplia como, crucialmente, a los actores en sí que los atrapa, en el mejor de los casos, en una serie de trabajos sin futuro y, en el peor de los casos, en una clase marginal de holgazanería y de desesperación¹⁶.

Lo anterior, tiene como consecuencia que, la exclusión del extraño traiga consigo la privatización del espacio público en términos de zonas de comercios, parques privados, etc., ello en aras de garantizar la seguridad de la comunidad; así la industria de la seguridad, cuyo verdadero trabajo es la exclusión, se constituye en una de las áreas de mayor crecimiento. Las ciudades, se convierten barreras excluyentes, que a la postre no son más que sistemas de exclusión, visibles e invisibles, creados tanto por el rico como por el desposeído¹⁷.

B) SEGURIDAD / RIESGO.

En el binomio *seguridad / riesgo*, en donde este último se toma como baremo atenuado de inseguridad, donde el riesgo juega el papel de cálculo probabilístico, sin embargo dichas aproximaciones resultan cuando menos incompletas, pues la propia complejidad que encierra el vocablo *riesgo* consiste precisamente en que no se puede considerar únicamente como una operación aritmética de costos en base a pronósticos calculados previamente, tampoco se puede tomar en consideración en razón de una norma ética de moderación¹⁸. Otra visión parcial sobre el riesgo es partir de la sociedad moderna altamente tecnificada, pues no obstante que se prohibieran algunas tecnologías no por ello desaparecería la existencia de riesgos para la vida dentro de una civilización técnica¹⁹.

LUHMANN, establece que el concepto de seguridad es una constelación vacía, muy semejante a la noción de salud /enfermedad, dicho baremo solo funge como un concepto de reflexión, o como una categoría que sirve de válvula de escape para las propias exigencias sociales, al igual que sirve como parámetro de cálculo de decisiones²⁰, sin embargo juega una ficción social, ya que parte de la premisa, de que es lo que se entiende como seguro en las propias comunicaciones sociales, si se aceptan los riesgos que conlleva cada variante en un proceso de decisión, toda alternativa resulta arriesgada (no obstante que sea únicamente con el riesgo de no aprovechar las oportunidades identificables y así no obtener un beneficio), en este sentido, la distinción del concepto de seguridad se toma como un elemento de reflexión, sin embargo resulta vacío de contenido si no se le dota de esa ficción social.

C) SEGURIDAD / LIBERTAD.

Los actuales modelos político-criminales, se establecen bajo la premisa (dicho sea de paso manipulada) de que la seguridad es una garantía de la libertad, es decir se entiende que la seguridad es una entidad autónoma, en la que se subordinan todos los derechos (incluyendo la libertad), pues si no existe la mínima garantía de protección, estos derechos no se podrán ejercer con libertad.

¹⁶ YOUNG, Jock, *La sociedad...*, op. cit., pág. 30

¹⁷ YOUNG, Jock, *La sociedad...*, op. cit., pág. 40.

¹⁸ LUHMANN, Niklas, *Sociología...*, op. cit., 2006, pág. 56.

¹⁹ BECHMANN, Gotthard, «Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo», en *Cuadernos de Sección. Ciencias Sociales y Económicas*, No. 2, Donostia: Eusko Ikaskuntza, 1995, pág. 66.

²⁰ LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, trad. Silvia PAPPE, et. ali, Universidad Iberoamericana, México, 2006, pág. 66.

Sin embargo, no se puede obviar que el derecho a la libertad resulta irrenunciable, *so pena* de abandonar el Estado social y democrático de derecho²¹. En este sentido se han plasmado diversos ordenamientos de carácter internacional, como el Tratado de la Unión Europea en el que se menciona que una de sus metas es el mantenimiento y desarrollo a través de un espacio de libertad, *seguridad* y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas (Art. 2, 4º del TUE). El Tratado menciona como fines de la «política exterior y de seguridad común», por un lado, «el fortalecimiento de la seguridad de la Unión en todas sus formas», pero también, por otro, «el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Art. 11, apdo. 1, 2º y 5º TUE).

Y, en las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, se determinan más concretamente el objetivo y los medios de esta colaboración. El objetivo es «ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia».

Este marco jurídico europeo, fundamental en tanto que, formulado como derecho objetivo, se debe complementar con los enunciados que describen la situación del individuo como sujeto de derecho, como poseedor de libertades fundamentales y de derechos subjetivos jurídicamente garantizados.

De especial relevancia son los enunciados siguientes: el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama «los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», una enumeración que, a la par, sirve como principio de articulación de la Carta. Más adelante se señala en ésta: la Unión, «al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación».

El Capítulo Libertades de la Carta, aprobado solemnemente en la reunión del Consejo Europeo en Niza, en diciembre de 2000, comienza con la frase: «toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad» (Art. 6 Carta-UE).

No obstante, del conglomerado de disposiciones a nivel europeo aquí señaladas, en la actualidad se cierne una tendencia que se viene desarrollando debido en gran parte a la influencia de los atentados terroristas internacionales. En esta tendencia se puede advertir la obligación de que los Estados miembros se han impuesto de ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad; con ello, seguramente, se quiere decir algo más, y también algo distinto, a que el cumplimiento de sus funciones sea correcto, legal y libre de arbitrariedades²², con ello nos referimos a la oferta de una seguridad (subjetiva), dicho de otra forma, el derecho a la seguridad.

Pues bien, esta oferta de seguridad por parte de los Estados, pierde terreno frente al espacio de libertad los ciudadanos, pues se restringe en muchas de las ocasiones el derecho a la libertad en aras de la seguridad, sin embargo este aspecto securitario resulta en muchas de las ocasiones indefinible definitorio, más bien la seguridad es, en sí misma, exorbitante e ilimitada, un ideal irrealizable, similar a la justicia o la libertad²³. No obstante, la idea subyacente en la actualidad es que la seguridad se debe implementar a toda costa, incluso más allá de los límites del Estado de Derecho señalados por el peligro y la sospecha concretos no conoce, conceptualmente, barreras respecto a la determinación del grupo de personas de riesgo, respecto a los medios de conocimiento y de defensa a utilizar, ni tampoco respecto a la determinación de las medidas a adoptar en interés de la seguridad.

²¹ Vid. DENNINGER, Erhard, «Freiheit durch Sicherheit?. Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N.º 10-11, Bonn, 2002, pág. 22.

²² DENNINGER, Erhard, «Freiheit durch...», *op.cit.*, 2002, pág. 28.

²³ HANS, Peter Bull, Wie weit reicht das Sicherheitsversprechen des Staates gegenüber seinen Bürgern? en Dieter Simon (ed.), *Kurt Graulich Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, 2007, págs.303 y ss.

Esta esfera de actuación respecto del ámbito de las usuales actuaciones policiales preventivas, se implementan hoy día actuaciones represivas (no preventivas) que se creían desterradas, así bajo el ideal de la seguridad los derechos fundamentales ya no se perciben, como libertades fundamentales y derechos de defensa frente a la intervención estatal, sino más bien estos se consideran siempre en relación con el derecho a la seguridad.

Si la prohibición del exceso propia del Estado de Derecho servía para poner riendas a un legislador limitador de las libertades, ahora la prohibición del defecto, recibida por la jurisprudencia y empleada en el sentido de la prevención estatal, anima al legislador a llevar a cabo una actividad infatigable. Si los deberes de protección de los derechos fundamentales se entrelazan, por medio de un constructo jurídico, para formar un derecho fundamental a la seguridad, entonces la seguridad ya no significa, la certeza de la libertad garantizada al individuo, sino la promesa de una actividad estatal, en principio, ilimitada e interminable para la protección del ciudadano ante los peligros y riesgos sociales, técnicos, medioambientales o, incluso, ante aquellos de índole delictiva.

La seguridad como fin estatal se convierte en un vehículo de autorización de un orden de dimensión indeterminada, como el aislamiento total del imputado, escuchas telefónicas, la videovigilancia intensiva y el rastreo en bases de datos hasta el espionaje cibernético, sino también, el internamiento preventivo o de seguridad, medidas especiales de internamiento para las personas potencialmente peligrosas.

Cabe aquí preguntar si ¿Significa un riesgo para la seguridad que el Estado de Derecho concediera también la dignidad humana y las garantías jurídicas a aquellos que las pisotean y menosprecian?, pues la ponderación entre las necesidades de seguridad, por una parte, y las pretensiones de libertad, por otra, podría arrojar un resultado distinto. Ésta es, ciertamente, la cuestión.

3. MODELOS DEL IDEAL SECURITARIO.

Los modelos político criminales, que están surgiendo en la actualidad, corresponden en gran medida a las casusas señaladas en la lección I, estos modelos han tenido su entronización en las diversas legislaciones que en aras de la lucha contra la delincuencia, abanderan los postulados de una política criminal actuarial, que en *pos* de alcanzar un ideario de seguridad, han ido implementado con el beneplácito de la propia sociedad medidas normativas que restringen y en muchos de los casos vulneran los derechos fundamentales. La preocupante y creciente criminalidad por lo menos en América Latina, ha suscitado discursos legislativos, de mano dura contra la delincuencia, así se justifican leyes autoritarias que en otro tiempo se creían desterradas.

Desde una perspectiva del ciudadano medio, se pueden justificar los nuevos cambios en la legislación penal, en razón de que no cabe duda que se necesita mayor seguridad, y dado que una de las funciones del Estado es precisamente establecer la seguridad del conjunto social, así la norma penal encontrará legitimación, validez y sustento precisamente en la función de protección (llámese *bienes jurídicos* o *vigencia de la norma*), no obstante, dicha protección no se puede establecer al capricho del legislador, sino antes bien esta encuentra su razón de ser en la Constitución, en donde se sientan las bases de las garantías fundamentales de las que debe gozar toda persona, por lo que no todo vale en la lucha contra la criminalidad, sino antes bien se deben de respetar los postulados constitucionales que velan por las garantías individuales, las libertades de los ciudadanos y los derechos humanos.

Sin embargo y pese a lo anterior, no cabe duda que estas nuevas concepciones legislativas, se fundamentan en el *discurso de la emergencia*²⁴, mismo que encuentra su justificación en

²⁴ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 27.

el autoritarismo penal; bajo el pretexto de neutralización de forma inmediata de las amenazas que laceran a la sociedad, se implementan leyes que rompen con los postulados del Estado social y democrático de derecho, por lo que, para la implementación y operatividad de estas leyes, cualquier obstáculo que se interponga en la eficacia de seguridad debe ser removido a toda costa. Bajo la justificación de la emergencia se retorna de manera encubierta a la *Doctrina de la Seguridad Nacional*²⁵; doctrina que se sustenta en la seguridad del Estado, lo que justificaba la inclusión de los militares en puestos estratégicos, si bien en la actualidad no es así, se sigue manteniendo la idea de que existe un enemigo interno (ya no es el comunismo que se preconizaba en los años setentas, donde tiene mayor auge esta doctrina²⁶), sino más bien la delincuencia organizada, el secuestro, el narcotráfico, etc.

En aras de alcanzar el orden, la seguridad, la estabilidad, la eficiencia frente a la desorganización, la inquietud y el temor que se dejan sentir en la sociedad y que interesadamente se reconducen a un miedo generalizado frente a la criminalidad²⁷, se imponen propuestas como la castración química, localización permanente, cadena perpetua, tolerancia cero, *three strikes and you're out*, *Leyes Megan*, incluso se propone sin mayor pudor la pena de muerte. Esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de diversos fenómenos; por un lado, la proliferación de las leyes como las que acabamos de mencionar, es decir de un amplio cariz represivo / prospectivo y por otro la difusión de las teorías de la inocuización selectiva²⁸.

En efecto, en la actualidad la prognosis penal, se establece bajo teorías prevencionistas que tienen la necesidad de proteger a la sociedad contra diversas categorías especiales de delinquentes, por lo que se crean dispositivos normativos centrados en la idea de peligrosidad²⁹. Por lo que, para prevenir futuros delitos de manera efectiva, resulta más que justificada según estas teorías, la inocuización o incapacitación, ya sea mediante tratamientos o a través de un largo y efectivo periodo de encarcelamiento, con lo que se impide de manera fáctica que se cometa otro delito³⁰; de igual manera, bajo una idea prospectiva, esto es el adelantamiento de la sanción antes de que se llegue a cometer el delito, ha tenido gran acogida en muchas legislaciones penales, basta solamente con ver la regulación en México sobre la delincuencia organizada, o los diversos tipos penales que en marcan a los grupos criminales. Visto lo anterior, no se puede ignorar que bajo estas regulaciones jurídico-penales, se empieza la reconstrucción de un «Derecho de la peligrosidad», se plantean de nueva cuenta medios de aseguramiento cognitivo, junto a la pena como medio de aseguramiento contra fáctico de la vigencia de la norma³¹. Hoy día nos movemos en paradigmas verdaderamente preocupantes, pues no faltan las voces que

²⁵ La Doctrina de Seguridad Nacional es una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la ocupación de las instituciones estatales por parte de los militares. Por ello sirvió para legitimar el nuevo militarismo surgido en los años sesenta en América Latina. La Doctrina tomó cuerpo alrededor de una serie de principios que llevaron a considerar como manifestaciones subversivas a la mayor parte de los problemas sociales. Tales principios tuvieron diversas influencias y se propagaron y utilizaron de manera diferente en distintos lugares. Por ello la Doctrina no se sistematizó, aunque sí tuvo algunas manifestaciones claras, que sirven de base para definirla y entenderla. *Vid.* al respecto y con la bibliografía ahí citada LEAL BUITRAGO, Francisco, «La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del sur», en *Revista de Estudios Sociales*, N° 15, Universidad de los Andes, Colombia, junio 2003, *passim*.

²⁶ LEAL BUITRAGO, Francisco, «La doctrina de seguridad...», *op. cit.*, 2003, pág. 75.

²⁷ MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Políticas de Seguridad y Estado de Derecho», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coord.), *Serta: in memoriam Alexandra Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1288.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 92.

²⁹ ROTMAN, Edgardo, «El concepto de prevención del delito», en *Actualidad Penal*, N° 43, La Ley, Madrid, 1998, pág. 845.

³⁰ Cfr. ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida.*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, *et alli*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 39.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal...*, *op. cit.* 2000, pág. 106.

establece que no hay que esperar a que se cometa el delito para establecer una reacción estatal³².

No obstante y pese al gran auge que dichas teorías tienen, la prevención del delito trae consigo la intrusión de la intimidad, por lo que pensar en una política preventiva, es también ver los daños que se pueden causar no sólo a determinados sujetos sino a toda la sociedad, si bien entendemos que por cada delito que se ha evitado se actúa en salvaguarda de las víctimas potenciales³³, lo cual resulta más que satisfactorio; sin embargo la cuestión va por otros derroteros, pues no se puede olvidar que se debe analizar en primer término cual es el fin, qué alcances y bajo qué condiciones se puede autorizar esas medidas preventivas.

Si bien no dejamos de reconocer que en la actualidad algunos países viven agobiados por la violencia desenfocada que transcurre en sus calles, no se puede buscar una solución al socaire de legislaciones meramente represivas, pues si únicamente se apela al Derecho Penal como medio de control social, utilizándolo como *prima ratio*, y endureciendo la pena privativa de libertad a límites insospechados, no se podrá lograr una reducción sustancial de la delincuencia, pues la delincuencia no ha nacido por generación espontánea, sino antes bien se ha ido enraizado en el tejido social poco a poco sin darnos cuenta, por lo que esperar que leyes penales más duras sean el remedio para esta lacra social, vamos por mal camino, pues no podemos olvidar que el Derecho Penal es sólo un medio más y no el único para prevenir el delito.

No podemos olvidar que la aplicación de estas leyes es de carácter general, y no solamente para los «otros», los delincuentes, bajo este contexto resulta clarificadora y casi profética aquella frase de VON BAR, que establece:

«Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad -pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges»³⁴

A) LAS PERVERSAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-SOCIOLÓGICAS DEL IDEAL SECURITARIO

a) Tolerancia cero

Las últimas tendencias político criminales, despliegan la creación de obediencia y control sobre los espacios de riesgo, así se implementan modelos utilitarios, que tratan de ganar confianza en la sociedad a través de reformas psicológicas y morales sobre las actitudes y comportamientos de la sociedad³⁵, por lo que se vislumbra que bajo esta política criminal no sólo se trata de disciplinar a los individuos sino también de controlarlos y excluirlos de los espacios físicos; así el formato más representativo del Derecho Penal, es decir la prisión se

³² En este sentido, *vid.* HERRERA PÉREZ, Agustín, «La prevención de los delitos: Elemento fundamental en la seguridad pública», en *Revista de Administración Pública. La administración de la seguridad pública y las policías en México*, No. 106, México, 2002, pág. 82.

³³ ROTMAN, Edgardo, «El concepto de prevención del delito», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1998, pág. 846.

³⁴ VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrecht un der Strafrechtstheorin*, Berlin, 1882, (reimpr.), Aalen, 1929, pág. 334, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión..., op. cit.*, 2001, pág. 17, cita 1.

³⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 39 y ss.

torna indispensable, empero su finalidad primordial no es la otrora resocialización del hombre delincuente, ideal que se mantuvo hasta la década de los setentas³⁶, sino antes bien, la prisión hoy día juega un papel de exclusión, separación y aislamiento de las clases peligrosas³⁷. Bajo este cariz, no resulta difícil que el modelo de *tolerancia cero* haya tenido un propicio caldo de cultivo, de tal manera que esto ha provocado el apoyo del sector político³⁸, así como de la propia sociedad, pues dicho modelo teórico ha logrado «*aparentemente*» reducir el índice delincuencia. Por lo que no se puede desconocer que en sociedades urgentes de respuestas eficaces contra la delincuencia se alce la voz para solicitar la implementación de este tipo de modelos.

Un ejemplo, lo podemos encontrar en México, pues según una investigación basada en estadísticas oficiales de seguridad pública y justicia penal, se reveló que México es 240 veces más peligroso que hace 30 años, que los delitos que mayoritariamente se cometen son: el robo a transeúnte, secuestro y homicidio dolosos, así el incremento de los delitos denunciados pasaron de los 900 mil en 1990 a 1 millón 838 mil 109 en 2011, de acuerdo al Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal y al documento de Presupuesto de Egresos de la Federación 2012 y la Secretaría de Seguridad Pública, lo que representa un crecimiento mayor a 204 por ciento³⁹.

El incremento de la delincuencia revela una situación verdaderamente seria, con lo cual resulta lógico que la sociedad pida que se intervenga de manera inmediata y eficaz; ahora que el pánico se ha apoderado de la sociedad, que el problema es latente, se puede desarrollar en todo su potencial la retórica del máximo esfuerzo contra la delincuencia⁴⁰; es decir, la implementación de la fórmula de tolerancia cero. No obstante es preciso adelantar que ello no es la solución para acabar con dicha patología social, pues como veremos, a dicha teoría se le atribuyen graves vulneraciones a los derechos fundamentales además de una utilización selectiva a juicio no de profesionales, sino del policía de a pie, que finalmente es quien se encarga de la implementación directa de dicha fórmula. Sin embargo, conviene señalar las líneas y accidentes en las que se gesta la teoría de *tolerancia cero*, cuya resonancia abre las puertas doradas de la seguridad, del orden y del decoro⁴¹, de igual manera ver cuáles han sido todas y cada una de sus consecuencias en todo el conjunto social.

En efecto, la teoría de la tolerancia cero tiene como antecedentes inmediatos a la teoría de las *ventanas rotas*, propuesta por WILSON y KELLING, en 1982⁴², indica que existe una relación sustancial entre la aparición de los desórdenes y el surgimiento de una delincuencia efectiva. El razonamiento de dicha teoría en términos generales establece que:

«Sí se permite que en un barrio una sola ventana rota siga sin arreglarse, se está lanzando un mensaje a los posibles infractores, que dice que ni la policía ni los residentes de la zona se preocupan por mantener la comunidad en buenas condiciones. Con el tiempo, a la ventana rota se le unirán otros signos de desorden: pintadas, basura, vandalismo y

³⁶ Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «el castigo penal en EE.UU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente», en RIVERA BEIRAS, Iñaki / BERGALLI, Roberto, (coords.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004, págs. 251 yss.

³⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal...*, op. cit., 2007, pág. 41.

³⁸ Vid. al respecto a COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, «¿Hipostenia o Hipertrofia del Legislador Penal?», en *Servicios de investigación y análisis de la Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión*, México, 2010, pág. 12.

³⁹ Vid. al respecto a VALADEZ, Blanca, «México, 240 veces más peligroso que hace 30 años, según recuento», en *Diario Milenio*, México, 9 de Abril de 2013.

⁴⁰ En este sentido DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, presentación y traducción de Iñaki RIVERA / Marta MONCLÚS, Virus editorial, Barcelona, 2005, pág. 155.

⁴¹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, pág. 155.

⁴² GIDDENS, Anthony, *Sociología*, con la colaboración de Karen BIRDSALL, trad. Jesús CUELLAR MENEZO, 4ª, ed., Alianza editorial, Madrid, 2004, pág. 281.

vehículos abandonados. El área comenzará a sufrir un proceso de deterioro gradual en el que los residentes «respetables» intentarán irse y serán sustituidos por recién llegados «desviados», como los traficantes de droga, los indigentes y personas en libertad condicionada⁴³».

Se podría decir que la teoría de las ventanas rotas (*Broken Windows*), es la génesis donde toman acomodo científico las políticas de tolerancia cero, cuya idea central se basa en que para reducir el número de delitos (de toda especie) debe seguirse un proceso continuo de mantenimiento del orden; por lo que se debe centrar la seguridad, no tanto en la macro criminalidad o en las grandes mafias, sino en primer lugar hay que fijar la atención y control tanto de pequeños delitos, como formas de conducta perturbadora; por ejemplo, el vandalismo urbano, holgazanear en la calle, pedir dinero a la gente y estar borracho en lugares públicos, quitar a los aparcacoches, etc⁴⁴. La intención de estas medidas, radica en que si la policía reacciona contra las desviaciones de menor índole, tendrá efectos positivos que a corto plazo producirán la reducción de formas de delincuencia más graves⁴⁵. Por lo que, la función de la policía juega un papel esencial, así se le dará patente de curso para reprimir aquellos comportamientos que si bien no constituyen sustancialmente un delito, estos resultan molestos para el conjunto social⁴⁶.

Los componentes de esta teoría, se pueden resumir en la disminución de la tolerancia hacia el delito y la desviación; la utilización de medidas punitivas y algo más drásticas para alcanzar la paz social; con lo que se pretende el retorno a lo que se percibe como niveles de respetabilidad, orden y civilidad del pasado; la adquisición de conciencia acerca de que las conductas incívicas y el delito, son problemas tanto del quebrantamiento de reglas de bajo perfil respecto a calidad de vida, cuanto los delitos graves y finalmente la creencia de que hay una relación entre delitos y conductas incívicas o no consideradas por el conjunto social como correctas, pues si estas son ignoradas, llevan por variadas rutas a un aumento del delito⁴⁷.

El auge de la teoría de la tolerancia cero, surge en Nueva York de la mano del entonces alcalde de la ciudad Rudolph GIULLIANI, cuya campaña electoral se suscribió precisamente en el tema de la criminalidad, la seguridad y la recuperación de la ciudad⁴⁸, bajo tal situación el alcalde declara de manera manifiesta su guerra contra la delincuencia callejera, apelando a los valores más radicales de la sociedad norteamericana. El programa implementado por GIULLIANI, necesitaba de la ayuda y cooperación de William BRATTON⁴⁹, quien había dado muestras de su afiliación a la ideología del alcalde, pues como encargado del *Transit Police Departament* (organismo responsable de la seguridad del transporte público en Nueva York) en el periodo de 1990 a 1993, se distinguió por combatir ferozmente a la micro criminalidad que hasta ese momento se venía presentado en el transporte público, sus métodos se basaron de manera principal en la eliminación total de los *graffitis* del metro, el alejamiento de los sin techo que utilizaban el metro como cobijo nocturno y la prohibición de pedir limosna en dichos espacios⁵⁰; lo cual de manera sorprendente el metro de Nueva York fue prácticamente renovado.

⁴³ Vid. ampliamente GIDDENS, Anthony, *Sociología, op. cit.*, 2004, pág. 282, DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 157, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo...*, *op. cit.*, 2009, pág. 31.

⁴⁴ GIDDENS, Anthony, *Sociología, op. cit.*, 2004, pág. 282.

⁴⁵ GIDDENS, Anthony, *Sociología, op. cit.*, 2004, pág. 282.

⁴⁶ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 158.

⁴⁷ YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, *op. cit.*, 2006, págs. 195 y ss.

⁴⁸ Según DE GIORGI, Alessandro, en los noventas la ciudad de Nueva York, era una de las más violentas de los Estados Unidos, cuya delincuencia callejera se incrementó a partir de la primera mitad de los años ochenta, vid., en ID., *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 159.

⁴⁹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 159.

⁵⁰ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 160.

Al tomar posesión del cargo de jefe de la policía de Nueva York, ya BRATTON, advirtió textualmente que: «*Combatiremos casa por casa, barrio por barrio, ¡y venceremos!*»⁵¹; al año de gobierno de GIULLIANI, se mostraron estadísticas que daban cuenta de que la guerra se estaba ganando, pues a los que pedían limosnas o lavaban parabrisas se les arrestaba en vez de multarlos, las detenciones se habían triplicado, el número de policías había aumentado un 20 por ciento, y los delitos denunciados habían bajado un 30 por ciento⁵².

Esta nueva política securitaria, parecía haber dado sus frutos, pues además de la reducción de conductas antisociales, también disminuyeron los homicidios un 40 por ciento, los robos de vehículos un 15 por ciento; el total de delitos denunciados en el periodo de 1994 a 1995 descendió un 30 por ciento; las encuestas establecen que el 73 por ciento de los habitantes de Nueva York se sienten seguros y satisfechos con la actuación policial. El entusiasmo por la aplicación de esta teoría parece irrefrenable⁵³. Si bien las estadísticas son fulminantes respecto a la reducción radical de la delincuencia, su contracara se manifestó en las demandas por abusos policiales, pues en este periodo se duplicaron; asimismo el número de muertos por balas de la policía aumento un 35 por ciento y un 53 por ciento el de los fallecidos mientras estaban bajo la custodia policial⁵⁴. Un informe de Amnistía internacional⁵⁵ sobre «*Brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza en el Departamento de Policía de la Ciudad de Nueva York*», señaló los excesos de este cuerpo de policía, en el que se referían a graves vulneraciones a los derechos fundamentales, que la actuación policial fue abiertamente racista, ya que según dicho informe el 75 por ciento de las personas que denunciaron los excesos en la actuación policial eran afroamericanos o latinos.

Uno de los grandes errores, de esta teoría consistió precisamente en que la policía identifica a su libre *albedrío*, los desórdenes sociales, puesto que una definición de desorden en este campo es altamente subjetiva, la policía tiene autorización para considerar que casi cualquier cosa es un síntoma de éste y que cualquiera es una amenaza⁵⁶. De igual manera, diversos sectores han manifestado que es falso que la fórmula tolerancia cero por si misma hubiese reducido los índices de criminalidad en Nueva York⁵⁷. En este sentido, se considera que la única realidad en el por así decirlo periodo GIULLIANI, es que el delito se redujo de manera sustancial⁵⁸, no obstante no se puede imputar de manera fehaciente que las practicas policiales en tal periodo contribuyeron a la disminución del delito, ya que entre 1993 a 1996 en Estados Unidos de Norte América, existió una estadística a la baja del delito, en 17 de los 25 Estados más grandes de la unión norte americana, inclusive algunas ciudades como Los Ángeles, Boston y San Diego, que utilizaron políticas menos agresivas (seguridad de aproximación a la comunidad), o inclusive redujeron personal policial, se dieron los mismos efectos⁵⁹, es decir la disminución del delito.

Bajo este panorama resulta claro que dicha teoría cuando menos dibuja un preocupante panorama que desmonta los logros que se habían alcanzado con un Derecho Penal racional y respetuoso con el Estado social y democrático de derecho, ya que distintas voces se manifiestan en que este tipo de tendencia político criminales derogan de manera contundente los principios más elementales del sistema penal⁶⁰. Asistimos sin duda a una

⁵¹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, pág. 161.

⁵² ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 1ª reimp., Editores del puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 490.

⁵³ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, pág. 162.

⁵⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los...*, op. cit., 2006, págs. 490 y ss.

⁵⁵ Vid. al respecto el documento «Brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza en el Departamento de Policía de la Ciudad de Nueva York», en la página web de Amnistía internacional, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/036/1996/en/82ce3a84-eb05-11dd-aad1-ed57e7e5470b/amr510361996es.html>.

⁵⁶ GIDDENS, Anthony, Sociología, op. cit., 2004, pág. 283.

⁵⁷ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, págs. 162 y ss; YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, op. cit., 2006, pág. 196.

⁵⁸ YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, op. cit., 2006, pág. 197.

⁵⁹ YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, op. cit., 2006, pág. 197.

⁶⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «el castigo penal...», op. cit., 2004, pág. 305.

nueva justificación moral de la severidad y eficacia del castigo⁶¹, que trae como consecuencia no una mejor seguridad sino al contrario se gestan elevados niveles de conflictividad, de exclusión social y recortes de seguridad⁶².

b) *Ley three strikes and you're out*

En la actualidad, el sesgo político criminal como hemos señalado con antelación, marca una tendencia altamente punitiva, no sólo en campos de implementación del derecho administrativo sancionador, como los programa de *tolerancia cero*, sino que de igual manera dicho discurso punitivo se ha impregnado en las legislaciones penales, este es el caso de las denominadas leyes *three strikes and you're out*⁶³, que tiene como finalidad que los delincuentes habituales o reincidentes reciban la pena más alta posible (con excepción de la pena de muerte), es decir se trata de aplicar penas privativas de libertad de por vida, sin la posibilidad de la obtención de la libertad condicional (*parole*)⁶⁴. Bajo esta modalidad el Estado trata de establecer la prolongada estancia en prisión bajo la retórica de la ley y el orden, con el beneplácito de la audiencia pública, misma que ve en la condena y su cumplimiento efectivo, como una descarga expresiva de tensiones y un gratificante momento de unidad frente al delito y la inseguridad⁶⁵.

En los últimos años, la propagación de las leyes *three strikes and you're out*, se han implantado de alguna manera en los cincuenta estados de la unión americana y el Distrito de Columbia, estos tienen hoy día una regulación sobre el cumplimiento mínimo obligatorio de las penas privativas de libertad. Este tipo de legislación tuvo sus orígenes en el Estado de Washington, no obstante, tuvo mayor repercusión mediática en el Estado de California, cuyo lema *three strikes and you're out* se convirtió en el discurso político de legislaciones sobre el cumplimiento efectivo de penas, que fue discutido en debates televisivos⁶⁶. El activista conservador y comentarista de televisión local, John CARLSON, utilizó dicho debate para promover la cadena perpetua sin libertad condicional por una condena de tercer delito grave. Después del asesinato de Diane BALLASIOTES en 1988, CARLSON y la madre de la víctima realizaron una campaña a favor de las leyes de sentencias más severas en Washington⁶⁷. Si bien, dicha iniciativa (Iniciativa 590) no logró llegar a la Asamblea Legislativa, no obstante es hasta 1993, cuando la poderosa *National Rifle Asociación* prestó apoyo a la campaña de los *three strikes and you're out* en forma de financiación y el acceso a su extensa lista de correo⁶⁸.

A pesar de la presión que se había hecho con la iniciativa 590, esta no tuvo sus frutos hasta 1993, con la iniciativa 593, en el que la propuesta *three strikes and you're out*, encuentra recoveco formal en la legislación del Estado de California, ya que los ánimos eran bastante propicios para dicha propuesta, pues en junio de 1992, un joven de 18 años de edad, Kimber REYNOLDS, fue asesinado durante un intento de robo por Joe DAVIS, un hombre con una serie de condenas anteriores por drogas, robos y delitos de automóviles. El padre de Kimber (Mike REYNOLDS), comenzó a hacer campaña para el establecimiento de condenas más

⁶¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo...*, op. cit., 2009, pág. 34.

⁶² LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo...*, op. cit., 2009, pág. 35.

⁶³ Cuyo eslogan literalmente significa al *tercer golpe estas fuera*, proveniente de las reglas del béisbol.

⁶⁴ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 113.

⁶⁵ GARLAND, David, *La cultura del control...*, op. cit., 2005, pág. 239.

⁶⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona», en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, pág. 270.

⁶⁷ WRIGHT, Paul, «¿Iniciativas ciudadanas contra la delincuencia?. De cómo el lobby de las armas financia la guerra contra la delincuencia», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002, pág. 25.

⁶⁸ WRIGHT, Paul, «¿Iniciativas ciudadanas...», op. cit., 2002, pág. 26.

duras para delincuentes reincidentes; a principios de 1993 se convenció a un legislador del partido republicano para patrocinar el Proyecto de Ley 971, la versión legislativa de lo que más tarde se convirtió en la conocida *three strikes and you're out*.

En octubre de 1993, una niña de 12 años Polly KLAAS, fue secuestrada, violada y asesinada por un delincuente habitual que había obtenido su libertad provisional por buena conducta, (la sentencia que compurgaba era por un delito de secuestro⁶⁹), estos hechos recibieron la atención de la prensa nacional e internacional, lo que provocó el impulso propicio para la campaña de *three strikes and you're out*. Tal era la intensidad percibida del sentimiento público, que en el ámbito político se impulsó al movimiento *three strikes and you're out*, que el proyecto de ley fue aprobado sin modificaciones por una amplia mayoría de los miembros de la legislatura⁷⁰. Cabe llamar la atención, sobre el proceso legislativo de dicha ley, pues esta se elaboró y desarrolló casi totalmente desprovista de expertos⁷¹.

Un gran número de partidarios de dicha ley e incluso varios miembros de la legislatura estatal de California, funcionarios y miembros de la propia asesoría de REYNOLDS sugirieron diversas enmiendas, en específico que únicamente se aplicara a delincuentes violentos, no obstante, este se negó rotundamente, e incluso después de la aprobación del proyecto de ley en su forma actual, se continuó con el proceso de la iniciativa electoral con el fin de reducir las posibilidades futuras de modificación legislativa⁷². Otro factor decisivo para la aprobación de dicha ley, fue que el gobernador republicano buscaba la reelección⁷³, con lo cual de manera entusiasta tomó como eslogan de campaña en materia de seguridad el lema «*duro con el crimen*». El gobernador WILSON, manteniendo la promesa pública que hizo en el funeral de Polly KLAAS manifestó su preferencia por la versión de REYNOLDS.

Entre 1993 y 1995, 24 estados añaden las legislaciones de *three strikes and you're out*, traducida en el aumento de penas para los infractores reincidentes, sin embargo huelga decir que dicho movimiento no se limita a las jurisdicciones estatales, pues en la misma época surgió también en el ámbito federal, asimismo tampoco es necesario cometer tres delitos pues en algunos estados como Arkansas, Georgia, Kansas, Montana, Pennsylvania, California del Sur y Tennessee, con dos delitos es más que suficiente para la aplicación de estas leyes; de igual manera se difiere en razón de la sanción a imponer una vez contrastados los antecedentes, así en Georgia, Indiana, Luisiana, Maryland, Montana, Nueva Jersey, California del Norte, Carolina del Sur, Tennessee, Virginia y Washington, se establece una condena obligatoria a prisión perpetua sin posibilidad de alcanzar beneficios penitenciarios⁷⁴.

Diversos estados como, Connecticut, Kansas, Arkansas y Nevada han sancionado leyes especiales para delitos graves, no obstante dejan mayor arbitrio a los Tribunales para su imposición⁷⁵.

Las valoraciones de las leyes *three strikes and you're out*, como es de esperarse son funestas, desde la perspectiva del irrestricto respeto a los derechos fundamentales, máxime que no cabe duda que con legislaciones de este cariz se está regresando a un Derecho Penal de la peligrosidad, pues cuando las leyes no hacen diferencias en el castigo por matar a cinco personas, tener un arma, tener 650 gramos de una droga o robar 151 dólares, es que

⁶⁹ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes. el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª, Época, No. 14, UNED, Madrid, 2004, págs. 59 y ss.

⁷⁰ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico de legislación penal» en ID. / ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. Don José CEREZO MIR*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 307 y ss.

⁷¹ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», *op. cit.*, 2002, pág. 308.

⁷² CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 60.

⁷³ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», *op. cit.*, 2002, pág. 307.

⁷⁴ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación...*, *op. cit.*, 2013, pág. 114.

⁷⁵ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación...*, *op. cit.*, 2013, pág. 114.

algo falla⁷⁶. En este sentido, diversos autores⁷⁷ han puesto como ejemplo sentencias paradigmáticas basadas en esta *neo* política-criminal.

Sirva de ejemplo la sentencia impuesta a Gary Albert EWING, quien⁷⁸: *«El 12 de marzo de 2000, que se hallaba cumpliendo en libertad condicional una pena de nueve años de prisión, abandonó la tienda de un club de golf de Los Ángeles llevando escondidos en sus pantalones tres palos con un valor de ciento noventa y nueve dólares cada uno. Un empleado del establecimiento que había advertido la sustracción avisó inmediatamente a la policía, que poco después procedió a su detención en un aparcamiento cercano. Gary Ewing era un viejo conocido de la justicia californiana. Ya en 1984 había sido condenado como autor de un hurto (theft) a una pena de seis meses de prisión que le fue suspendida, tres años de libertad vigilada y una multa de trescientos dólares. En 1988 fue condenado a un año de prisión y tres de libertad vigilada como autor del robo de un coche, no llegando a ingresar en prisión. En 1990 la condena fue de sesenta días de arresto y tres años de libertad vigilada por la comisión de un hurto leve (petty theft). En 1992 cometió un delito de lesiones con una pena de treinta días de arresto y dos años de libertad vigilada, así como un nuevo hurto, con una sanción de diez días de arresto y un año de libertad vigilada. Por fin, en 1993 se le declaró culpable de numerosas infracciones, como posesión de droga, apropiación de objetos perdidos, tenencia ilícita de armas y allanamiento de morada (trespassing), todas ellas castigadas con arresto y libertad vigilada, así como tres robos en casa habitada y un robo con intimidación (robbery), por los que le fue impuesta la pena de nueve años que se hallaba cumpliendo en libertad condicional cuando sustrajo los palos de golf. Por esta última sustracción la justicia californiana condenó a EWING como autor de un delito de hurto grave (grand theft), solicitándose por el fiscal que le fueran aplicadas las previsiones de la ley three strikes. Esta petición fue atendida por el juez sentenciador, que condenó a EWING a una **pena de reclusión perpetua con un mínimo de veinticinco años de cumplimiento obligatorio** en tanto que autor responsable de un delito con dos o más condenas previas por delitos graves o violentos. La sanción sería posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelaciones de California y también por el Tribunal Supremo de este estado»* (cursivas añadidas)

Otro ejemplo de la aplicación de estas leyes, lo podemos encontrar en el caso FISHER, éste el 15 de abril de 1994, fue condenado a cadena perpetua por su tercer strike por el Tribunal Superior del condado de Snohomish, en Washington. FISHER fue sentenciado por meterse el dedo en el bolsillo, simular que era una pistola y robar en una tienda de bocadillos y 151 dólares. Una hora más tarde, la policía le detuvo en un bar a una manzana de allí mientras se bebía una cerveza. Los dos strikes anteriores de Fisher implicaban haberle robado 360 dólares a su abuelo en 1986 y robar 100 dólares en una pizzería. En total, el botín de la carrera criminal de FISHER suma 611 dólares; nunca ha dañado físicamente a nadie⁷⁹.

Existen muchas cosas negativas en este tipo de legislaciones, que sería casi imposible enumerar cada una de ellas, no obstante, me enfocaré en los aspectos más grotescos que saltan a la luz de manera más evidente. En primer lugar, parece ser que se utiliza un tipo de política criminal sectorial, pues parecer ser que la espada de Damocles cae exclusivamente en personas marginadas, ya que llama la atención que los delitos económicos ni siquiera se mencionen en este tipo de leyes, me refiero a las grandes estafas bursátiles, defraudaciones tributarias, etc.; por otro lado nos enfrentamos a la ruptura del principio de proporcionalidad, que a nuestro juicio en estas leyes es un sin sentido, pues plantearse si los castigos previstos son o no desproporcionados, pues si entendemos que la proporcionalidad es un concepto retributivo y, por tanto, poco puede aportar como

⁷⁶ WRIGHT, Paul, « Los «tres golpes» ganan», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002, págs. 36 y ss.

⁷⁷ Vid. por todos a CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, págs. 59 y ss.

⁷⁸ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, págs. 62 y ss.

⁷⁹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 38.

parámetro para valorar unas normas que en su mismo origen han renunciado a toda retribución, además de que resulta claro que la sanción debe de obedecer al hecho cometido y no así al grado de peligrosidad del sujeto.

Ya WRIGHT⁸⁰, señala que es una lógica perversa que impulsores de este tipo de leyes citen con satisfacción el número creciente de gente que recibe tales condenas, sea cadena perpetua sin condicional o pena de muerte, afirmando que son disuasorias. No obstante la lógica nos dice otra cosa, si este tipo de leyes fuesen verdaderamente disuasorias, tendría que ser el efecto contrario, es decir disminuirían las causas penales y no así irían en aumento como lo pregonan sus defensores⁸¹. De igual forma los magistrados REHNQUIST, KENNEDY y O'CONNOR, (mismos que están a favor de la aplicación de este tipo de legislaciones), establecieron en la sentencia con motivo del Recurso de Casación, presentado por EWING, que el objetivo de proteger la seguridad pública legítima la aplicación de la ley *three strikes* a aquellos que ya hayan sido condenados al menos por un delito grave o violento, pues las estadísticas demuestran el elevado peligro para la seguridad pública que suponen en la práctica los sujetos reincidentes⁸².

Ahora bien, a partir de una perspectiva de la función de la pena, resulta claro que la creación de estas leyes, están originadas con un objetivo claro: la *intimidación* y la *inocuidad*⁸³. Así, el objeto de la intimidación se establece bajo la idea de que penas tan graves como las establecidas disuaden a potenciales delincuentes de cometer nuevos delitos; mientras que la inocuidad se establece en la fórmula de que un criminal entre rejas no puede cometer delitos en las calles⁸⁴. Bajo estas leyes podemos ver la persecución de objetivos inocuidadores e intimidatorios, hasta el punto de ignorar por completo funciones como la retribución o la resocialización, que, a diferencia de lo que ha sido habitual en el Derecho Penal contemporáneo, no desempeñan aquí papel alguno, ni si quiera limitador⁸⁵.

La consecuencia lógica de la aplicación de estas leyes es la alta tasa de pobres en las cárceles, más violencia y más represión del Estado. Estas leyes de *three strikes* dan la impresión de que muchos acusados tienen una oportunidad las primeras veces⁸⁶. No obstante, cabe decir que la mayor parte de acusados entran en la sala de vistas por primera vez ya tienen un par de *strikes* en su contra, ya sea por su extracto social, sus problemas con el alcohol o las drogas, analfabetismo, desempleo, pobreza y, a menudo, su raza y un historial de abusos. Ello significa de facto que la sociedad los ha eliminado antes si quiera de cometer un delito, si asumimos que un acusado de *three strikes* ha estado en la cárcel dos veces antes de llegar al tercer strike, parecería lo más justo que recibiera una oportunidad decente para huir de las condiciones que le llevaron a la cárcel las primeras veces⁸⁷. Sin embargo, en casi todas las ocasiones, la mayor parte de las personas que salen de prisión vuelven a los mismos barrios, con la misma pobreza, desempleo, analfabetismo y otros problemas de los que procedían. Si a esto añadimos que el desencanto de la resocialización ha llegado su clímax, ello, nos enfrenta ante un proceso deshumanizador inherente a la experiencia carcelaria; por lo que bajo un pronóstico desalentador las perspectivas de reducir la violencia en las calles son prácticamente nulas.

Si bien, se ha preconizado que el índice de criminalidad ha disminuido en los últimos años, cabe decir que no ha sido gracias a las leyes *three strikes*, pues las estadísticas demuestran un descenso en la natalidad, así como el envejecimiento de la generación del *baby boom*, que ahora tiene entre 38 y 50 años, máxime que este tipo de legislación draconiana, resulta improbable que llegue a tener nunca un efecto apreciable en el índice de la criminalidad

⁸⁰ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 39.

⁸¹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 39.

⁸² CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 74.

⁸³ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 78.

⁸⁴ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 78.

⁸⁵ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 79.

⁸⁶ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 40.

⁸⁷ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 40.

porque sólo una pequeña minoría de los responsables de cometer delitos llegan a ser detenidos, procesados, juzgados y condenados⁸⁸. Asimismo, según un estudio de Vincent SCHIRALDI, Christopher DAVIS y Richard ESTES del Centro de Justicia Juvenil y Penal de San Francisco⁸⁹, señala que la disparidad racial en las condenas basadas en las leyes *three strikes*, queda en evidencia, pues llama la atención de que los negros son condenados a penas privativas de libertad bajo esta ley 13 veces más a menudo que los blancos. Si tomamos en consideración que el 43% de los presos con una condena de *three strikes* son negros, aunque sólo un 7% de la población total del estado es negra, y representan una quinta parte de todos los californianos detenidos por delitos graves⁹⁰.

De igual manera, cabe destacar que en el Estado de California, que es donde más se ha implementado esta ley, los medios de información y la opinión pública han convertido en cabezas de turco a los presos, un grupo sin poder que no cuenta con un lobby económico, ni con apoyo organizado. La gente que hay en las cárceles no es la causa de los problemas de California, pues la delincuencia es un proceso multifuncional y por tanto se debe de buscar soluciones no solo en la ira de la ley (penal), pues mientras los legisladores sigan rehuyendo de su obligación (servir al interés público) para apelar a la mentalidad de la sociedad, los problemas continuarán empeorando y la deuda estatal continuará creciendo⁹¹.

Todo parece indicar que estas nuevas tendencias en la política criminal llevan a establecer de manera vertiginosa el abandono al respeto de los derechos fundamentales y llegará un día en que se abandonen este tipo de legislaciones para regular directamente con el clamor popular la pena de muerte. Los ejemplos mencionados con antelación (casos de los sentenciados bajo alguna ley *three strikes*), deberían servir para saber los riesgos que se corren bajo este tipo de política criminal.

c) Ley Megan

Otra modalidad dentro de las formas de incapacitación selectiva, la podemos observar en las denominadas *Leyes Megan*, cuya finalidad en términos generales es el registro de personas que han sido condenadas por delitos sexuales, ante los organismos policiales locales, ello con la intención de proveer al público de cierta información sobre el paradero de dichas personas, con el objetivo de que los miembros de la comunidad puedan protegerse a sí mismos y a sus hijos⁹².

Estas medidas de publicidad expositiva⁹³, surgen por los hechos acaecidos en julio de 1994, cuando una niña de siete años de Nueva Jersey (Megan KANKA), fue violada y asesinada por un conocido delincuente sexual registrado que se había mudado al otro lado de la calle de la casa de la familia sin el conocimiento de ellos. A raíz de la tragedia, la familia de la menor, busco que las comunidades locales estuvieran advertidas acerca de los delincuentes sexuales en el área⁹⁴. Este hecho tuvo una gran resonancia en los medios de comunicación, lo que provocó que a las dos semanas del asesinato de la menor, se pusiera en marcha el proceso legislativo sobre el registro de delincuentes sexuales, mismo que culminaría tres meses después⁹⁵, como la Ley de *Registro y Notificación a la Comunidad*. No obstante, la promulgación de esta ley fue sólo el principio de una amplia legislación a nivel federal sobre registro y notificación comunitaria, pues ya en 1997 casi todos los estados de la Unión

⁸⁸ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 48.

⁸⁹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 48.

⁹⁰ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 49.

⁹¹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 49.

⁹² *Vid.* al respecto la página web oficial del Departamento de justicia del Estado de California <http://www.meganslaw.ca.gov/homepage.aspx?lang=SPANISH> (consultada el 29 de mayo de 2013)

⁹³ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inoquizadoras en la post-modernidad penal*, Grigley, Lima, 2002, pág. 81.

⁹⁴ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control...*, *op. cit.*, 2002, pág. 81.

⁹⁵ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control...*, *op. cit.*, 2002, pág. 82.

Americana, habían propuesto en sus legislaciones la habilitación de registros y notificaciones a la comunidad sobre el domicilio de los pederastas liberados⁹⁶.

La *Jacob Wetterling Crimes against Children and Sexually Violent Offender Legislation*, para victimarios sexuales de niños, exigió de todos los Estados la instalación de un Programa unificado de registro, cuyo uso estaría permitido al *Federal Bureau of Investigation* (FBI), Ministerio Fiscal y Gobierno, incluyéndose al público en caso de necesidad de protección respecto de una persona específica obligada al registro⁹⁷.

Tanto la Ley Megan (de implantación federal), como la *Pam Lyncher Offender Tracking and Identification Act*, establecen las formas de regulación, así, por una parte se implementa el procedimiento para registrar a los ex-convictos por delitos sexuales; se busca una información eficaz a través del intercambio de registros de los diferentes operadores institucionales; se propone un sistema de verificación de datos registrales, así como la preservación de los datos en el registro, a lo largo de los años y finalmente se establecen mecanismos de notificación comunitaria⁹⁸.

Esta serie de directrices, dan un nuevo impulso a la política criminal, que en busca de respuestas por abatir la delincuencia, implementa mecanismos generalmente más gravosos para el reo, los criterios de clasificación para los delincuentes sexuales, sirve para determinar el tiempo que han de estar sometidos a la obligación de registro, dichos criterios se proponen a partir de la gravedad del ilícito cometido⁹⁹. Así, el nivel de riesgo con el que son relacionados y registrados, lo realizan los agentes del control penal público, en el que Fiscal es el encargado de obrar esta valoración, las *Guidelines for Law Enforcement for the Implementaton of Sex Offender Registration and Comunity Notification Laws*, incorporan una escala de individualización del riesgo¹⁰⁰; dicha clasificación comprende tres niveles según el grado de riesgo que los delincuentes sexuales, representan para la comunidad, por lo que el bajo riesgo comprende el nivel 1, riesgo moderado nivel 2, o alto riesgo nivel 3¹⁰¹.

Dependiendo del nivel de riesgo, previamente clasificado por la fiscalía, se notificará a una serie de actores institucionales y sociales. En el caso del nivel de riesgo bajo (Nivel 1), se notifica a los organismos que se encargan de hacer cumplir la ley. Si el nivel de riesgo es moderado (Nivel 2), además de dichos organismos, se notifica a escuelas, guarderías de niños autorizadas, colonias veraniegas y organizaciones comunitarias registradas sobre los delincuentes sexuales con los que probablemente se encuentren debido a la posibilidad de que los pedófilos y asaltantes sexuales sean atraídos a estos lugares. Si el nivel de riesgo es alto (Nivel 3), además de los organismos que se encargan de hacer cumplir la ley, se notifica también a las escuelas, guarderías de niños autorizadas, colonias veraniegas, organizaciones comunitarias registradas y miembros de la comunidad¹⁰².

En los tres niveles de notificación, la información que se proporciona incluye el nombre del delincuente sexual, su descripción y fotografía, domicilio, lugar de empleo o escuela si corresponde, una descripción del vehículo del delincuente y su número de matrícula, y una breve descripción del delito. Recibirán una notificación personal de la ubicación de todos los delincuentes sexuales de alto riesgo, con el los vecinos si estos tienen posibilidad de

⁹⁶ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control...*, *op. cit.*, 2002, pág. 82.

⁹⁷ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo de la publicidad inocularizadora. Líneas comparadas de Política criminal y naturaleza e implicaciones de Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 82, Edersa, Madrid, 2004, pág. 99.

⁹⁸ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 100.

⁹⁹ RIMO, Alonso, «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», en *Revista General de Derecho Penal*, No. 17, Iustel, Madrid, 2012, pág. 10.

¹⁰⁰ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 102.

¹⁰¹ Vid. al respecto a la Guía para Ciudadanos sobre la Ley Megan. Expedida como un servicio público por el Departamento de Leyes y Salud Pública de New Jersey conjuntamente con las fiscalías de 21 condados, pág. 6. (versión on line <http://www.state.nj.us/oag/dcj/megan/spanish-citizen-brochure.pdf>, consultada el 30 de mayo de 2013)

¹⁰² Cfr. Guía para Ciudadanos..., *op. cit.*, págs. 6 y ss.

encontrar al ex-convicto en el barrio. La notificación la llevará a cabo un oficial encargado de hacer cumplir la ley Megan, un agente de policía, un agente de la policía estatal o un investigador de la fiscalía del condado, mismos que entregaran la información de manera personal domicilio por domicilio¹⁰³.

La inscripción es obligatoria para las personas declaradas culpables por los delitos sexuales y se aplica automáticamente a los delitos listados y especificados e impone en cada persona condenada la obligación de por vida de inscribirse, para ello debe de presentarse en persona para realizar dicha inscripción en el Departamento de Policía de la ciudad en la que resida, o con el Departamento del sheriff; el plazo de inscripción es de cinco días hábiles después de su liberación, custodia o si se le concede libertad condicional. Para el ex-convicto que resida, o se encuentre viviendo como un transeúnte, o esté matriculado o sea empleado por cualquier Universidad, Colegio, Colegio Comunitario u otra institución de educación superior, debe inscribirse con el Departamento de Policía del campus, si tiene uno, o con el Departamento de Policía o del Sheriff de la jurisdicción en donde se encuentra el campus, además de inscribirse con la Policía Local que tenga jurisdicción sobre su dirección domiciliaria. Los inscritos con direcciones domiciliarias deben notificar a la última agencia en donde se inscribieron, por escrito, dentro de los cinco días hábiles tras su mudanza y deben inscribirse en persona si la mudanza es a una nueva jurisdicción; todos los inscritos deben actualizar su inscripción anualmente, dentro de los cinco días hábiles desde su fecha de nacimiento¹⁰⁴.

Es de llamar la atención que de igual manera los menores que compurgaron una pena por delitos sexuales, también se deben de inscribir como delincuentes sexuales hasta su liberación del Departamento de Correccionales y Rehabilitación de California, de la División de Servicios Juveniles, no obstante la información de los inscritos cuyos delitos fueron sentenciados en el Tribunal de menores no puede ser divulgada en el sitio web. Las Agencias Policiales locales pueden, a su discreción, notificar al público sobre los menores inscritos que plantean un riesgo para el público¹⁰⁵.

Una vez expuestas de manera general los lineamientos de las leyes Megan, cabe hacer un breve análisis de las mismas, pues son muchos los problemas que presentan de facto dichas normas, ya que como hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo, no es posible desde un punto de vista de los derechos fundamentales la adopción de tales criterios, pues los vulneran de manera sistemática. En este sentido resulta esclarecedor lo mencionado por PORTILLA CONTRERAS, cuando dice que: «*El concepto norteamericano de prevención y seguridad se han convertido en el modelo para los sistemas europeos; una política criminal ejemplarizante que defrauda las expectativas generadas por el sueño americano y que prosigue la línea iniciada por el imperialismo de exportar todos sus fracasos: la política antidroga, el racismo y la tendencia a la construcción del Estado policial*¹⁰⁶» (cursivas añadidas)

El problema más importante que se plantea en la implementación de estas legislaciones redundante en como dotar de legitimidad y establecer los límites que tiene el Derecho Penal en cuanto a las medidas de seguridad. Por cuanto hace a los diversos mecanismos de propagación y notificación pública de los antecedentes penales, se enmarcan en la denominada política criminal securitaria¹⁰⁷, que se preocupa, ante todo, y más allá de las razones de culpabilidad, por combatir la peligrosidad del delincuente¹⁰⁸; con lo que esta política criminal establecida en la publicidad de las condenas y en la exhibición social,

¹⁰³ Guía para Ciudadanos..., *op. cit.*, pág. 7.

¹⁰⁴ *Vid.* <http://www.meganslaw.ca.gov/registration/law.aspx?lang=SPANISH>,

¹⁰⁵ *Vid.* <http://www.meganslaw.ca.gov/registration/law.aspx?lang=SPANISH>

¹⁰⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal...*, *op. cit.*, 2007, págs. 68 y ss.

¹⁰⁷ *Vid.* al respecto a ROBLES PLANAS, Ricardo, «Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», en *InDret* N° 4, Barcelona, 2007, págs. 14 y ss.

¹⁰⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, «Sexual Predators...», *op. cit.*, 2007, pág. 11.

hacen pensar de nuevo en el llamado retorno de la inocuización¹⁰⁹, de castigos infamantes¹¹⁰ y de la justicia expresiva¹¹¹. Lamentablemente este retorno, resulta a todas luces involutivo de un Derecho Penal que se creía haber desterrado desde hace mucho tiempo, y con la implantación de las leyes Megan, cuyo objetivo se traduce a la potenciación de la publicidad de los antecedentes penales y de identificación del condenado¹¹², parece un cambio de paradigma irreversible.

Hoy día prima este modelo securitario, no obstante, no se pueden hacer de lado que con dichas normativas se trasgreden bienes de incuestionable trascendencia constitucional como el honor, la intimidad o la reinserción social, asimismo entran en conflicto la libertad de información o, en un sentido más amplio, seguridad o necesidades preventivas en relación con infracciones graves. Asimismo, es de llamar la atención que, en este tipo de leyes no se tomó en consideración los problemas que a nivel constitucional se podrían plantear, pues no cabe duda que se deben fijar unos límites claros e infranqueables sobre el tratamiento informativo de la identidad e imagen de las personas inmersas en un proceso penal o que ya han sido condenadas.

Resulta aquí esclarecedor el razonamiento de HERRERA MORENO, cuando denuncia que se ha perdido el norte del antecedente delictivo, que se expande el pronóstico hacia los brumosos confines de la peligrosidad social del infractor, con lo que la marca de peligrosidad cumple el mismo objetivo simbólico al que, sirven las cadenas, los atuendos distintivos o las pegatinas inculporias¹¹³.

4 CONCLUSIONES

No cabe duda de que la expansión del Derecho penal ha llegado para quedarse, es más todas las legislaciones en mayor o menor medida tienen rasgos expansivos que parece van *in crescendo*, y no se reflejan visos de legislaciones de otro calado.

Uno de los factores que han contribuido con legislaciones de este calado es el sentimiento de inseguridad que tiene la población en referencia al delito, lo que a provocado obviamente la creación de una política criminal encaminada al combate al delito con independencia de sus consecuencias.

El tiempo ha demostrado que legislaciones de este calado no han resuelto los problemas delincuenciales o mejor dicho no han cambiado la percepción ciudadana referente al delito, por lo que políticas de tolerancia cero frente al delito no han cambiado ni mejorado en nada el problema que realmente subyace a ello que es la delincuencia.

5. BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 1ª reimp., Editores del puerto, Buenos Aires, 2006.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «El retorno de la inocuización...», *op. cit.*, pág.701, en el mismo sentido HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, págs. 92 y ss.

¹¹⁰ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?», en *RECPC* 11-08 , Granada, 2009, págs. 12 y ss.

¹¹¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «¿Hacia el Derecho penal...», *op. cit.*, 2009, págs. 12 y ss.

¹¹² *Vid.* al respecto a HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 104.

¹¹³ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 106.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 3ª. reimp., trads. Mirta ROSENBERG / Jaime ARRAMBIDE SQUIRRU, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

BECHMANN, Gotthard, «Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo», en *Cuadernos de Sección. Ciencias Sociales y Económicas*, No. 2, Donostia: Eusko Ikaskuntza, 1995.

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge NAVARRO, *et alli*, Paidós, Barcelona, 1998

CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes. el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª, Época, No. 14, UNED, Madrid, 2004.

COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, «¿Hipostenia o Hipertrofia del Legislador Penal?», en *Servicios de investigación y análisis de la Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión*, México, 20

DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, presentación y traducción de Iñaki RIVERA / Marta MONCLÚS, Virus editorial, Barcelona, 2005

DENNINGER, Erhard, «Freiheit durch Sicherheit?. Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N° 10-11, Bonn, 2002.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico de legislación penal» en ID. /ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. Don José CEREZO MIR*, Tecnos, Madrid, 2002.

GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, trad. Ana LIZÓN RAMÓN, 1ª, reimp., Alianza Editorial, Madrid, 1994.

GIDDENS, Anthony, *Sociología*, con la colaboración de Karen BIRDSALL, trad. Jesús CUELLAR MENEZO, 4ª, ed., Alianza editorial, Madrid, 2004.

GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und Freiheit», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N° 10/11, 2002.

HANS, Peter Bull, Wie weit reicht das Sicherheitsversprechen des Staates gegenüber seinen Bürgern? en Dieter Simon (ed.), *Kurt Graulich Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, 2007.

HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo de la publicidad inocuidadora. Líneas comparadas de Política criminal y naturaleza e implicaciones de Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 82, Edersa, Madrid, 2004.

HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*, Grigley, Lima, 2002.

HERRERA PÉREZ, Agustín, «La prevención de los delitos: Elemento fundamental en la seguridad pública», en *Revista de Administración Pública. La administración de la seguridad pública y las policías en México*, No. 106, México, 2002.

HOBBES, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, trad. Carlos MELLIZO CUADRADO, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

KAUFMANN, Franz Xaver, *Sicherheit als soziologisches und soziopolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Lit Verlag, Stuttgart, 1970.

- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LEAL BUITRAGO, Francisco, «La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del sur», en *Revista de Estudios Sociales*, N.º 15, Universidad de los Andes, Colombia, junio 2003.
- LOCKE, John *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, 7ª, reimp., Carlos MELLIZO, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, trad. Silvia PAPPE, *et. alli*, Universidad Iberoamericana, México, 2006.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Políticas de Seguridad y Estado de Derecho», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coord.), *Serta: in memoriam Alexandra Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007.
- ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida.*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, et alli, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, «Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», en *InDret* N.º 4, Barcelona, 2007.
- ROTMAN, Edgardo, «El concepto de prevención del delito», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª, ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- VALADEZ, Blanca, «México, 240 veces más peligroso que hace 30 años, según recuento», en *Diario Milenio*, México, 9 de Abril de 2013.
- VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrecht un der Strafrechtstheorin*, Berlin, 1882, (reimpr.), Aalen, 1929
- WRIGHT, Paul, « Los «tres golpes» ganan», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002.
- WRIGHT, Paul, «¿Iniciativas ciudadanas contra la delincuencia?. De cómo el lobby de las armas financia la guerra contra la delincuencia», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002.
- YOCK, Joung, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. Roberto BERGALLI / Ramiro SAGARDUY, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006
- YOUNG, Jock, *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, presentación (El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social) de Roberto BERGALLI, trad. Roberto BERGALLI / Ramiro SAGARDUY, 2004.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Leyes y convenios

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en la reunión del Consejo de Niza de diciembre de 2000.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Guía para Ciudadanos sobre la Ley Megan.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,