

EXCLUSIÓN Y DERECHO PENAL*

Edgar Iván Colina Ramírez**

Resumen: El sistema de justicia penal se nutre principalmente de sectores de la población excluidos y marginados; ello nos lleva a reflexionar si la delincuencia se basa en un *statu quo* que adquiere el sujeto dependiendo de donde ha nacido y se ha desarrollado o hay algo más de fondo, como la propia marginación que el sistema capitalista ha llevado a los más desfavorecidos. Esto, sin lugar a duda, ha creado una especie de sistema alternativo en el ámbito social, pues, como se ha podido observar en las últimas décadas, han incrementado de manera cuantitativa y cualitativa las legislaciones penales en los sectores donde la mayoría de los sujetos que cometen delitos pertenecen a estas clases desfavorecidas. Sin embargo, y contrariamente a lo que se podría pensar de inicio, dicho incremento en el sistema de justicia penal no se debe a un aumento de sucesos delictivos, sino más bien a diversos factores, como el miedo ciudadano provocado por medios de comunicación, entre otros. En el presente artículo se trata de poner de manifiesto las líneas y los accidentes que han provocado esta fisura en el derecho penal.

* El presente artículo 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-I00), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Mercedes Llorente Sánchez-Arjona. Fecha de recepción: 18 de julio de 2023. Fecha de aceptación: 1.º de mayo de 2024. Para citar el artículo: Colina Ramírez, Edgar Iván. “Exclusión y derecho penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, n.º 120 (enero-junio de 2025), pp. 99-123.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v46n120.04>

** Prof. Dr. adscrito al Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales de la Universidad de Sevilla. ORCID: 0000-0002-0244-8330. Correo electrónico: edgcolram@us.es.

Palabras clave: delincuencia, exclusión, política criminal, populismo, sistema penal.

EXCLUSION AND CRIMINAL LAW

Abstract: The criminal justice system is nourished mainly by excluded and marginalized sectors of the population; this leads us to reflect if crime is based on a *statu quo* that the subject acquires depending on where he was born and developed or there is something more fundamental, such as the marginalization that the capitalist system has led to the most disadvantaged. This has undoubtedly created a kind of alternative system in the social sphere, since, as has been observed in recent decades, criminal legislation has increased quantitatively and qualitatively in sectors where many of the subjects who commit the crime belong to these disadvantaged classes. However, contrary to what one might think at first, this increase in the criminal justice system is not due to an increase in criminal events, but rather to various factors such as citizen fear caused by the media among others. This article seeks to highlight the lines and accidents that have caused this crack in criminal law.

Keywords: delinquency, exclusion, criminal policy, populism, penal system.

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el derecho penal es un fiel reflejo del sistema social¹. En este orden, se entiende que una norma no se puede interpretar de manera aislada, como si de un elemento extraño se tratase; antes bien, el delito es parte de nosotros, y es precisamente bajo una perspectiva social como se podrá prevenir y mejorar el derecho penal.

Si bien lo anterior es prácticamente opinión unánime, a ello le debemos agregar un componente muy recurrente en el ámbito de la criminalidad, y es que la gran mayoría de los estudios señala que uno de los factores que influyen o permiten una condición favorable en la criminalidad es la pobreza².

Pues bien, si tomásemos esta premisa como válida³ podríamos entender que el sistema económico expuesto a un capitalismo salvaje crea consumidores insaciables,

1 Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, p. 17.

2 Rocha, Ricardo/Martínez, Hermes. "Crimen, pobreza y crecimiento regional en Colombia", *Archivos de Economía*, vol. 230, 2003, p. 20. (Si bien dicho el estudio se realizó hace más de veinte años, consideramos que en cuanto a la visión social del delito y la pobreza sigue teniendo plena vigencia).

nunca satisfechos, pues no cabe duda de que la racionalidad económica que ha hecho avanzar materialmente al mundo occidental desde hace dos siglos es parasitaria, corroe los fundamentos sociales y, con enorme despliegue propagandístico económico, cría egoístas⁴.

Las implicaciones o mejor dicho el componente *Derecho-Sociedad y Economía* han creado en el derecho penal una zona de aplicación para los marginados incluso más severa que para otros sectores económicamente más favorecidos. Así, sin lugar a duda uno de los problemas más complejos y por tanto casi irresolubles es el –tan estudiado por la sociología y la criminología– de la *exclusión*, vocablo que requiere tomar en cuenta factores tan amplios como el económico, el político y el social; de ahí que resulte harto difícil establecer una definición que pueda cuando menos abarcar dichos sectores. No obstante, y sin perjuicio de caer en una definición incompleta, se puede entender el fenómeno de la exclusión como “aquellos obstáculos que encuentran determinadas personas para participar plenamente en la vida social, viéndose privadas de alguna o varias de las opciones consideradas como fundamentales para su desarrollo humano”⁵.

El término *exclusión* se introdujo en el ámbito de la sociología para señalar los nuevos fenómenos de desigualdad, y se refiere a un concepto mucho más amplio que el otrora denominado “infraclase”, pues, contrario a este, se tiene la ventaja de establecer los mecanismos de exclusión; difiere del concepto de *pobreza* en tanto que se centra en una amplia gama de factores que impiden a individuos o grupos tener las mismas oportunidades con las que cuenta la mayoría de la población. Se entiende que el desarrollo de las personas para llevar una vida plena no sólo consiste en tener cubiertas sus necesidades primarias (comer, vestir y tener una vivienda), sino que además es necesario poder acceder a bienes y servicios esenciales, por ejemplo, el transporte, teléfono, escuelas, asistencia sanitaria, seguros y bancos, entre otros⁶.

Así, el fenómeno excluyente se visualiza en diversos sectores de la vida social, tanto en comunidades rurales aisladas y apartadas de muchos servicios y oportunidades como en barrios de las ciudades caracterizados por altos índices de criminalidad e infraviviendas, por lo que se puede entender que este fenómeno no se encuentra

3 No obstante, no se puede desconocer otros estudios empíricos que establecen lo contrario, es decir que tanto pobres como ricos delinquen, *vid.* ampliamente Zaffaroni, Eugenio Raúl. “La pobreza causa tantos delitos como la riqueza”, *Infobae*, 2017.

4 Silva Sánchez, Jesús María. “La sociedad del Derecho penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2017, p. 3.

5 Serrano Tárraga, Dolores. “Exclusión social y criminalidad”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, p. 588.

6 Giddens, Anthony. *Sociología*, trad. de Philip W. Sutton y Francisco Muñoz de Bustillo, 9.ª ed., Madrid, Alianza, 2022, pp. 397 y ss.

geográficamente determinado, es decir que sea exclusivo de poblaciones rurales marginales, pues también en barrios de clase media se presenta este fenómeno.

De igual manera, es necesario entender que la exclusión no sólo se debe de abordar desde el punto de vista económico, pues existen diversos obstáculos que impiden que las personas participen en la vida social, y dichos obstáculos no provienen de un sector determinado, sino que también son el producto de políticas sociales que generan la exclusión de diversos sectores de la población, o de modelos *neoliberales* que han generado gran malestar en la sociedad, apartándolos de los pocos beneficios que dicho modelo genera para los *mass media*.

I. SOBRE LAS DIVERSAS FORMAS DE EXCLUSIÓN

A. Exclusión económica

En el ámbito económico se puede entender la *exclusión* como la privación o falta de oportunidades reales tanto del mercado *productivo* como del *consumo*. Un ejemplo de exclusión en el mercado productivo pueden ser el alto grado de privación material, pues resulta incuestionable que hay menos personas trabajando en jornada completa y las redes informales que pueden ayudar a los desempleados a entrar en el mercado de trabajo son escasas. Los índices de desempleo suelen ser altos, no obstante que las estadísticas oficiales reflejen datos muy diversos⁷, y, en general, las oportunidades ocupacionales, limitadas, en lo que se refiere al mercado de consumo, son precarias, pues si entendemos este esencialmente como lo que la gente compra, consume y utiliza en su vida cotidiana, no sólo el alimento o vestido sino todo aquello que le sirve para relacionarse con el entorno, podemos intuir que al tener escaso poder adquisitivo, ello repercute en su forma de vida.

En el ámbito laboral, el ideal del pleno empleo ha llegado a su fin (su contracara es el desempleo masivo); el desempleo no es la consecuencia de una crisis económica, como se ha pensado en la actualidad (crisis = desempleo), sino, más bien, se trata de un rasgo característico del sistema de acumulación, que afecta de manera duradera a un número cada vez más significativo de trabajadores. Así el problema del desempleo se torna en irreversible; pero no sólo la falta de empleo, sino que también el crecimiento sostenido, las políticas de fomento del empleo y de calificación de la mano de obra han afectado a trabajadores de todos los estamentos, es decir con baja o alta cualificación.

7 Según los datos del Instituto Nacional de Estadística de España en el primer trimestre de 2023, nos encontramos con una tasa de desempleo del 13,26% (*vid.* https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm), en Colombia en mayo de 2023 se reportó una tasa del 10,5% según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (*vid.* <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>).

El fenómeno de la exclusión no se limita a los marginados del sistema; dicho de otra forma, la exclusión no siempre tiene sus orígenes en atributos negativos de una parte de la población, sino en la lógica excluyente de las nuevas formas en que se articulan los procesos productivos y el empleo, generando la degradación del mercado laboral, al menos en la forma que éste había adoptado a partir de los años cuarenta y cincuenta⁸.

B. Exclusión política

Para hablar de exclusión política es necesario tener en cuenta la noción de *ciudadanía*, pues en principio no se puede establecer un concepto de *exclusión política* a aquéllos que no pueden participar, es decir, que no son ciudadanos; esta concepción de *ciudadanía* tiene sus orígenes en la *polis* griega, la cual consideraba ciudadano a aquel que había nacido en la ciudad y que, al estar liberado de las necesidades de la *oikonomía*, participaba del proceso de institución del orden político⁹.

Es en la modernidad (sobre todo en los siglos XVII y XVIII), con las revoluciones burguesas, cuando el concepto de *ciudadanía* no se identifica tanto con el de *nacionalidad*, sino más bien con el disfrute de las garantías individuales frente al ejercicio del poder político. La instauración de las democracias liberales trajo un cambio sustancial en este concepto, pues se incluye la participación en el poder político; dicho de otra forma, el ciudadano es el que ejerce y participa en el poder político. Con la puesta en marcha del Estado social, ser ciudadano implicaba tener garantías frente a las contingencias de la sociedad mercantil y el acceso, a través de los órganos públicos, a bienes colectivos como salud, educación, trabajo, entre otros¹⁰.

Desde esta perspectiva, se puede decir que el ser ciudadano implica el acceso del individuo a garantías frente al poder político (derechos civiles, su capacidad para influir sobre la conformación del orden político, derechos políticos y protección social frente a la economía de mercado y derechos sociales)¹¹.

Sin embargo, esta construcción de ciudadanía se ha visto erosionada por la crisis del Estado social, particularmente por las crisis económicas de los últimos años, cuyas consecuencias se han visto reflejadas en la desatención de los derechos sociales garantizados por el Estado, así como la mercantilización de la vida, que contraen la dimensión social de la ciudadanía replegándola sobre la civil y política. En este sentido se puede decir que hoy ser ciudadano no implica el acceso a la seguridad

8 Vid. al respecto con la monografía ahí citada a Castel, Robert. *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997, *passim*.

9 Sarmiento, Julio. "Exclusión social y ciudadanía política. Perspectivas de las nuevas democracias latinoamericanas", *Última Década*, vol. 8, 1997, *passim*.

10 Sarmiento, Julio. "Exclusión social y ciudadanía política...", cit., p. 6.

11 Sarmiento, Julio. "Exclusión social y ciudadanía política...", cit., p. 6.

social que antes era asegurada políticamente, máxime que al día de hoy se ve reducida en el ámbito público a favor del ámbito privado, mismo que por razones obvias atiende a intereses clientelares y no así a una justicia social, basta como ejemplo la privatización de la sanidad.

Por tanto, se entiende la exclusión en el *ámbito político* como la falta de participación activa, de algunos sectores de la población, que quizá carezcan de recursos, de información y de oportunidades que se necesitan para implicarse en la vida democrática del Estado; por ello, no participan o tienen escasa participación en grupos de presión, manifestaciones o mítines políticos, con la consecuencia lógica de que los socialmente excluidos dejan de incorporarse a las agendas políticas.

C. Exclusión en el acceso a la justicia

La falta de medios económicos aunados a la precaria formación (educativa) son caldo propicio para un sistema impregnado de obstáculos muchas veces insalvables de acceso al sistema de justicia, situación que, sin duda, da lugar a perpetuar situaciones de vulnerabilidad y exclusión de quienes ven sus derechos desprotegidos o vulnerados¹².

Nadie cuestiona que los principios constitucionales del cualquier Estado social y democrático de derecho establezcan el acceso a la justicia; así, la Constitución española de 1978, en su artículo 24, señala:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Así mismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

De igual manera en la Constitución Colombiana, en su artículo 229, establece que “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

12 Padrón Innamorato, Mauricio. *Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: Aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes*, en Elvia Lucía Flores Ávalos (ed.), *Sin derechos, exclusión y discriminación en el México actual*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 72.

De lo anterior se desprende que toda persona puede solicitar que se le administre justicia para el restablecimiento de sus derechos o la preservación de estos, lo cual tiene como consecuencia lógica que todas las personas, sin excepción alguna, puedan acceder en condiciones igualitarias, sin importar su situación económica, cultural o social; no obstante, esta idea resultaría inoperante si no existiesen mecanismos estatales que velasen por ello.

Por ejemplo, en España se obtiene dicho acceso a la justicia gratuita, cuyo reconocimiento es otorgado por la Constitución en el artículo 119 y cuyo desarrollo se encuentra en la Ley 1/1996, del 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y en el Decreto 67/2008, del 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento. Cabe precisar que España se encuentra entre los países con mayores niveles de asistencia legal que garantizan el acceso a la justicia de aquellos que carecen de los medios necesarios para acceder a ella¹³; sin embargo, lo anterior no garantiza sin más que las personas sin recursos tengan una igualdad material al respecto; sirva de ejemplo: si en un juicio se necesita que se practiquen pruebas periciales, como es lógico, la persona que tenga dinero y se pueda pagar un buen perito tendrá más posibilidades de obtener un peritaje *ad hoc* y adecuado a sus intereses que a una persona a quien le ha sido asignado un abogado por turno de oficio; de allí que consideremos que de facto no existe una igualdad en el acceso a la impartición de justicia, lo cual se ve reflejado, obviamente, en el nivel económico que tienen los demandantes de tal servicio.

De igual forma, en Colombia se puede solicitar al Estado, a través de la Defensoría del Pueblo, la asignación de un abogado de oficio, cuando no se tienen los medios económicos o no se tiene un abogado de confianza, y dicha solicitud se puede realizar de manera directa ante las autoridades o ante la respectiva oficina de la Defensoría.

Lo anterior no significa que en España o Colombia no se impliquen en procurar que los ciudadanos puedan acceder en igualdad de condiciones a la administración de justicia; sin embargo, la situación actual que tienen los tribunales y el turno de oficio impiden tener una justicia ágil y expedita que sea igualitaria para todos.

D. Exclusión securitaria

Una de las características de la sociedad del siglo XXI es la sensación del miedo (a perder el trabajo, a enfermarse, a sufrir un atraco, entre otros). Esta sensación se ha convertido en un denominador común de la cultura moderna y posiblemente es un factor fundamental de cohesión social¹⁴; de ahí que la alarma y preocupación de

13 Mayoral Díaz-Asensio, Juan Antonio/Martínez i Coma, Ferran. *La calidad de la justicia en España. ¿Cómo evalúan los españoles el funcionamiento de las instituciones judiciales y qué se puede hacer para mejorarlas?*, Barcelona, Fundación Alternativas, 2013, p. 26.

14 Álvarez Uría, Fernando/Varela, Julia. *Sujetos frágiles*, México, FCE, 1989, *passim*.

la sociedad por la seguridad sea uno de los temas que mayor relevancia presentan en la agenda política. Si se observa el barómetro del CIS en marzo de 2020¹⁵, la tercera preocupación de los españoles, después del “paro” (desempleo) y las drogas, es la inseguridad ciudadana; esta inseguridad sentida ha sustituido hoy a los viejos temores que despertaban en antaño la lepra y la peste, los anuncios apocalípticos del fin del mundo, las terribles penas del infierno.

Esta reivindicación de seguridad se realiza en un momento en el que se cuestiona el reparto de riesgos que se estableció con el Estado de bienestar, de ahí que la sociedad necesite una respuesta rápida y contundente del Estado, que no se agote simplemente en la implementación de penas más duras, juicios rápidos o el aumento de la plantilla policial. Este miedo al delito ha llegado a enquistarse en la sociedad, lo cual genera en gran parte efectos nocivos, pues ello altera la forma de convivencia, fomenta comportamientos insolidarios y reclama una política criminal rigurosa¹⁶, además de que esto induce a la autoprotección, que puede provocar excesos defensivos al margen de la ley y de las propias instituciones¹⁷. En definitiva, asistimos a un modelo de justicia penal que tiene como finalidad la neutralización de amenazas y riesgos ocultos; dicho de otra forma, un modelo de anticipación¹⁸.

Ante este panorama, la seguridad se ha convertido en el valor fundamental de todas las sociedades; acudimos hoy día a lo que se le ha denominado “sociedad aseguradora”, que va desde el simple seguro de coche hasta medidas de seguridad más complejas, por lo que no es de extrañarse que el sector de los seguros en el año 2021 tuviera un crecimiento mundial del 9,0%¹⁹. La preocupación por la seguridad se ha convertido en un asunto cotidiano, e incluso se podría decir que normal, pues no existe sector o actividad que no sea inmune a su influencia. Sólo basta ver el incremento económico de la seguridad privada, ya que según el Observatorio Sectorial DBK de INFORMA el volumen de negocio agregado de las compañías de seguridad españolas se situó en 2020 en unos 4910 millones de euros, un 0,3% menos que en 2019, mostrando, no obstante, una mayor fortaleza que otros sectores de servicios ante la crisis motivada por la pandemia de la covid-19²⁰.

15 Según los indicadores del CIS visibles en https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html (consultado el 14 de julio de 2023).

16 Landrove Díaz, Gerardo. *El nuevo Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 171.

17 Innerarity, Daniel. *La sociedad invisible*, Madrid, Espasa, 2004, p. 166.

18 Alcoceba Gil, Juan Manuel. *Nacimiento y expansión de un nuevo modelo de política criminal. El derecho penal anticipativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 52.

19 Vid. al respecto Nájera, Arturo y Ramírez, Efraín. “Mercado mundial de seguros 2021-2023”, en *Revista Fasecolda*, vol. 187, 2022, p. 15.

20 Véase <https://www.economiadehoy.es/las-companias-de-seguridad-facturaran-mas-de-5000-millones-de-euros-en-2021> (consultado el 12 de julio de 2023).

Esta ideología social de la seguridad ha impulsado un proceso de privatización de un sector hasta entonces reservado al Estado, lo cual ha creado gran desconcierto en los expertos que no saben cuáles o qué consecuencias tiene la privatización de la seguridad²¹. Sin embargo, lo único cierto y previsible es que mientras que la seguridad privada aumenta, también aumentan de forma discriminatoria las diferencias sociales; y esto es así porque la seguridad privada no atiende a intereses colectivos, ni a fines de justicia, sino más bien a criterios clientelares de protección de un colectivo determinado, pues una seguridad a la medida solo se la pueden permitir aquellos que pueden pagarlo.

E. Exclusión social

El *ámbito social* es uno de los segmentos que mayor atención han prestado las ciencias sociales, pues en gran medida las consecuencias de lo señalado con antelación tienen sus efectos en el propio grupo o persona excluidos; más aún, no se pueden entender los otros factores si estos no tienen repercusiones en el ámbito social, pues es precisamente ahí donde se despliegan todos sus efectos negativos, comoquiera que la persona que se encuentra en sociedad es la que se puede ver apartada de esta.

De ahí que para evitar la exclusión resulte de vital importancia el que sus miembros compartan instituciones, espacios y recursos como las escuelas, instalaciones de asistencia sanitaria y el transporte público, entre otros, pues el hecho de compartir dichos espacios contribuye a conformar una idea de solidaridad social entre la población²². En este sentido, la exclusión puede adoptar una serie de hechos o factores que se presentan en diversos segmentos de la sociedad, por ejemplo, en comunidades rurales aisladas y apartadas de muchos servicios y oportunidades o en barrios del interior de las ciudades caracterizados por altos índices de criminalidad e infraviviendas.

Se podría pensar en un primer momento que la exclusión se lleva a cabo por otro u otras personas respecto a un determinado sector de la sociedad; sin embargo, cabe aclarar que la exclusión social se produce no sólo cuando la gente es excluida por otros, sino también cuando las personas se excluyen a sí mismas de ciertos aspectos del grupo social mayoritario; por ejemplo, se puede optar por abandonar el sistema educativo, rechazar una oportunidad laboral y estar inactivos desde el punto de vista económico o abstenerse de votar en las elecciones.

II. UNA APROXIMACIÓN DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL Y DELINCUENCIA

Cierto sector de la sociología señala que existen diversos nexos entre el aumento de la delincuencia y la exclusión social²³; las transformaciones de la economía y el

21 Landrove Díaz, Gerardo. *El nuevo Derecho penal*, cit., p. 170.

22 Giddens, Anthony. *Sociología*, cit., p. 526.

mundo laboral producen un alto incremento tanto de la pobreza como de un déficit educativo y participación en servicios públicos, por lo que este aumento de la exclusión social se percibe en las comunidades locales, que sufren la pérdida de medios de ganarse la vida de manera estable; el carácter pasajero de la población, el alza de los precios de la vivienda y el debilitamiento de la cohesión social provocan la privación económica y la fragmentación de la comunidad, que presiona sobre la vida familiar.

Los adultos de muchas familias se ven obligados a aceptar múltiples trabajos para sobrevivir: una situación que produce tensión constante, ansiedad y ausencia del hogar. En consecuencia, la socialización y crianza de los niños se ve debilitada; el *empobrecimiento social* general de la comunidad supone que apenas haya oportunidades para que padres y madres hagan compatible su vida laboral con la familiar y por tanto se vean obligados a buscar ayuda en otras familias o parientes.

El Estado ha *retirado* muchos de los programas y servicios públicos que podían *reincorporar* a los excluidos sociales, como los de intervención en la primera infancia, las guarderías y los servicios de salud mental; finalmente, la población excluida no puede alcanzar por medios legítimos la posición económica y la capacidad de consumo que se fomentan dentro de la sociedad. Una de las dimensiones más problemáticas de esta conexión entre exclusión social y delincuencia es que los canales de cambio legítimos se ven superados por los ilegítimos. Se prefiere la delincuencia a otros medios alternativos, como el sistema político o la organización comunitaria²⁴.

Ahora bien: en el ámbito penitenciario es de llamar la atención respecto de que en cuanto al origen de las personas que están cumpliendo una pena privativa de libertad pertenecen a las capas sociales más desfavorecidas; no obstante que resultan escasas las investigaciones realizadas en este rubro, las que existen son coincidentes en mostrar que la gran mayoría de los internos presentan todos los factores para considerarse en riesgo de exclusión si no es que ya se encontraban excluidos antes de delinquir²⁵.

Manzanos Bilbao refiere una encuesta que realizó a 435 familias de personas que estaban o habían estado presas entre 1982 y 1989, según la cual el 46,7% de las personas presas recogidas en la muestra no habían llegado a superar los estudios primarios, y sólo el 1,8% llegó a la universidad. El 61% carecía de experiencia laboral alguna y más de la mitad de los presos (51,2%) unía a esta falta de experiencia laboral una desescolarización temprana que les impidió completar los estudios

23 Currie, Elliott, "Crime and market society: lessons from the United States", en Paul Walto y Jock Young (dirs.), *The New Criminology Revisited*, London, Macmillan, 1998, pp. 130 y ss.

24 Currie, Elliott. "Crime and market society...", cit., p. 134.

25 *Vid.* al respecto, con la bibliografía allí citada, a Manzanos Bilbao, César. *Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca*, Donostia, Tercera Prensa, 1991, *passim*.

primarios. Es decir, las personas presas se reclutan masivamente entre la población joven desempleada y sin estudios²⁶.

Ahora bien: en relación con las conductas delictivas que con mayor frecuencia se cometen en España, destacan los delitos contra la propiedad y delitos contra la salud pública²⁷. Los delitos graves son minoritarios, y se puede afirmar que en torno al 70% de los delitos que llevan a prisión están relacionados directa o indirectamente con las drogas ilegales (robos para pagarla, venta, ajustes de cuentas, entre otros). Con lo anterior no se pretende poner de manifiesto que la criminalidad sea consustancial a los sectores de la población excluidos, sólo se trata de mostrar que el resultado de todo ello es que la cárcel acaba siendo un destino que abre sus puertas casi en exclusiva para atrapar a los miembros de los hogares pobres y excluidos.

Si bien estos factores que forman parte de la exclusión resultan más que razonables para entender que si bien no son determinantes, sí pueden llegar a influir en el delito. No obstante, consideramos que solo es una cara de la moneda, pues resulta necesario ver cuál es el otro punto de vista, el de la otra parte de la sociedad, es decir, los no excluidos.

Así, en la denominada “época de oro” se veía al delincuente como una excepción, una pequeña minoría que está determinada por circunstancias psicológicas y sociales. Se entendía que el delincuente no escoge la desviación, al contrario, es impulsado hacia ella, pues no se puede desconocer que precisamente la desviación ocurre por hechos del pasado que generalmente se encuentran en el entorno familiar²⁸.

Dicho de otra forma, la conducta desviada se aprende e interioriza en el sujeto, no es generalmente un impulso biológico lo que determina a realizar conductas delictivas,

26 Estudio realizado hace más de 30 años (pues en la actualidad no se encuentran datos actuales al respecto), denota que un 49,5% de las familias de los presos vivían en situación de pobreza (el 29,5% de sus hogares contaban con unos ingresos mensuales comprendidos entre 40 y 79.000 pts.) o miseria (menos de 40.000 pts.). E incluso cuando se utilizaban las líneas de pobreza, algo más estrictas, que se habían empleado en los estudios generales sobre pobreza económica realizados en el País Vasco en aquellas fechas por el Departamento de Trabajo del Gobierno Vasco, se encontró que prácticamente la totalidad de las familias afectadas por la pena de prisión (el 98,6%) caían por debajo del umbral de pobreza, entendida ésta como los ingresos mínimos necesarios para llegar a fin de mes. De estas familias, el 64% estaban en situación de estricta miseria económica, no obstante que sólo el 5% de todos los hogares de la Comunidad Autónoma se encontraban en dicha situación; además de que una de cada cuatro familias tenía más de un familiar preso o con problemas en la jurisdicción penal, *vid.* al respecto a Manzanos Bilbao, César. *Cárcel y marginación social...*, cit., p. 76.

27 González Sánchez, Ignacio. “La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 3, n.º 8, 2012, p. 362.

28 Young, Jock. *La sociedad “excluyente”: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 16.

sino más bien las secuencias vividas de los sujetos que con antelación ha interiorizado; es decir, tiene un código de conducta contrario a las expectativas sociales.

La sociedad moderna (sociedad incluyente) no aborrece al delincuente, ni lo considera un *enemigo externo* al que hay que exterminar, sino, antes bien, el delincuente es un ser que debe de ser socializado, rehabilitado y curado; para este fin se creó un conjunto de instituciones y expertos especializados: trabajo social, psicología clínica y las disciplinas positivistas relacionadas.

No obstante, en la modernidad tardía se cambia el paradigma y se entiende al delincuente como una persona alejada de los valores “sociales”, que amenaza a la sociedad; ya no se propugnan programas de inserción, sino, antes bien, se opta por la intolerancia y la “mano dura”. Existió un gran incremento del delito, debido a que existían más oportunidades para cometerlo; menos controles situacionales; un incremento de la población “en riesgo” y una reducción en la eficacia del control social y del autocontrol como consecuencia de los cambios en la ecología social y en las normas culturales.

Los cambios generacionales suscitaron falta de disciplina en la vida familiar; los adolescentes podían pasar más tiempo fuera de su casa, tenían mayor acceso a actividades de esparcimiento, estaban menos sujetos a la supervisión de los adultos y tenían más posibilidades de estar en ambientes subculturales; esta generación creció bajo una cultura comercial universalista y experimentó todo un nuevo nivel de deseos, expectativas y demandas de gratificación instantánea, con lo cual aportó la mayoría de los reclutas para la eclosión del delito²⁹.

Lo anterior, a mi juicio, hizo que el sistema de justicia penal tomase gran prioridad en los discursos contra el delito, como si fuese la única vía para poder resolver los problemas sociales. Sin embargo, la pregunta que surge es: ¿siempre la sociedad o los medios de comunicación se han manifestado con tanta contundencia?, y si esto es afirmativo, ¿cuál era la situación social, económica y política de ese momento?

Sólo a modo de ejemplo, en el primer trimestre de 2023 la población penitenciaria en España (entre penados y medidas alternativas a la prisión) dio un total de 43.449 personas, de un total de 48.196.693 habitantes, es decir aproximadamente el 0,9% de la población.

Según se desprende de las propias estadísticas oficiales, existe un incremento de condenas por delitos cometidos en épocas donde hay una recesión respecto al crecimiento del PIB, lo cual nos hace reflexionar que uno de los factores (si bien conviene

29 Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 161.

aclarar no es el único que tomar en cuenta) que influyen en las legislaciones penales es el momento económico en el que se encuentra inmersa la sociedad.

Así en España la propia configuración política y social hasta entrados los años setenta se puede advertir que la regulación penal restringía drásticamente los derechos políticos y sociales a través del Código Penal; no obstante, se dio un cambio radical en los años noventa en los que llama la atención que se incrementan las penas y los tipos penales, sobre todo en un Código Penal denominado el de la democracia. Podemos intuir que la sociedad al vivir en una bonanza económica no clama con tanto fervor soluciones a través del derecho penal, sino que se buscan otros cauces de solución.

De los datos reseñados con anterioridad se puede observar que cuando existe bonanza económica y el PIB se encuentra en su fase ascendente, el número de condenas es inferior que en el momento de la caída del PIB; es decir, según lo observado, el número de condenas se incrementa cuando existe una crisis económica.

El aumento o al menos la percepción de aumento del delito han desencadenado un debate intenso en el ámbito de justicia penal, donde cada parte reclama su sitio, desde víctimas de diversa índole hasta los propios grupos sujetos a exclusión o discriminación por considerarlos causantes de todos los males habidos y por haber; la marginación y la exclusión de ciertos sectores de la población son una de las enfermedades del siglo XXI, y esto se puede equiparar con la lepra en la Edad Media, pues en vez de buscar el origen y la causa se les segrega y aparta de la sociedad, lo cual ha dado lugar a nuevos modelos político criminales.

III. TENDENCIAS ACTUALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Uno de los temas con mayor relevancia en las agendas legislativas de los países occidentales es sin lugar a duda el sistema de justicia penal; ya con razón se anuncia la venida de tiempos de derecho penal³⁰, ello tiene su justificación en gran medida por la “percepción” social del aumento desmedido de la delincuencia. Sin embargo, el problema no consiste en que se trate de evitar que hechos tan cruentos como la delincuencia organizada, narcotráfico, terrorismo, entre otros, desaparezcan de la sociedad (realización verdaderamente utópica) o al menos rebajen sus niveles de manera considerable, pues no se puede hacer la vista a un lado del hecho de que la delincuencia ha rebasado a la sociedad, en la que, dicho sea de paso, ha generado gran incertidumbre e indignación.

El problema que surge no es en sí la existencia de una realidad como lo es la delincuencia, sino, más bien, el *cómo* se ha tratado de dar respuesta a ello; esta realidad

30 Silva Sánchez, Jesús María. *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2009, *passim*.

social se ha tematizado de manera general en todos los sectores de la sociedad, misma que de manera contundente solicita al Estado mayor seguridad. Es innegable que los agentes sociales y grupos de presión de muy diversa ideología se involucran intensamente en la modificación de las políticas-criminales nacionales, con la consecuencia lógica que hoy día vivimos en el ámbito jurídico-penal de cambios significativos tanto en la forma de legislar como en las estrategias que se utilizan para prevenir la delincuencia³¹. Se ha pasado de la reducción del Estado social a un aumento desmedido del *Estado policial, penal y penitenciario*³².

El legislador, consiente de la problemática que la delincuencia genera, ha tomado medidas de todo tipo, con la firme intención de abatir la criminalidad; dichas medidas han tenido graves problemas cuando menos de legitimidad, cuyas características se centran en el aumento desproporcionado de los sistemas de responsabilidad. Se presentan cada día y con mayor frecuencia tipificaciones de actos preparatorios, introducción de analogía *in malam partem* y de responsabilidad objetiva mediante figuras nebulosas como la *conspiracy*, para cuya inclusión en las legislaciones nacionales se está haciendo una fuerte presión internacional, reintroducción al debate legislativo sobre la pena de muerte.

De igual manera, en el ámbito procesal se han implantado figuras como los agentes encubiertos, agentes provocadores, arrepentidos o testigos protegidos. Incluso en algunos países de América Latina se ha establecido por disposición constitucional la figura del “arraigo”, que consiste en una medida cautelar que restringe la libertad a personas sospechosas de pertenecer a la delincuencia organizada hasta por cuarenta días, prorrogables por otro tiempo igual.

Ante este panorama, resulta necesario analizar *prima facie* qué es lo que ha sucedido en materia de política criminal para llegar a este tipo de legislaciones, pues, dicho sea de paso, este fenómeno no es propio de un solo país, sino al contrario, nos enfrentamos ante una regulación global que tiene componentes sustancialmente idénticos, es decir el aumento en gran medida desproporcionado de las penas privativas de libertad. No faltan a la razón las afirmaciones de que todo derecho penal responde de manera inescindible a una política criminal y que a su vez esta se configura en base a la propia política del Estado³³.

31 Díez Ripollés, José Luis. “La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vols. 12-13, 2012, p. 8.

32 Sanz Mulas, Nieves. *Evolución de la política criminal y sus protagonistas. Del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero*, Valencia, Titant lo Blanch, 2021, p. 227.

33 Mir Puig, Santiago. “Constitución, Derecho penal y globalización”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, 2006, p. 116.

Siguiendo esta premisa, podemos decir que no puede ser lo mismo el derecho penal en un Estado totalitario que en un Estado democrático. Así, bajo una visión histórica del derecho penal, en la época medieval se concebía a éste en términos meramente religiosos, basados en el catolicismo, que veía al delito como un pecado y su expiación (pena) como la penitencia proveniente de un castigo divino, lo cual justificaba penas corporales bastante rigurosas; sin embargo, esta concepción va cambiando bajo la filosofía de la Ilustración, en la que se promueve un criterio humanitario y utilitarista, por el que se advertía la inocuidad de normas penales rigurosas³⁴.

Esta evolución tiene gran auge en la Revolución francesa y en las primeras constituciones de Norteamérica. No obstante, en la década de los años veinte surgieron sistemas políticos totalitarios (como la Alemania de Hitler o la Italia de Mussolini), situación que tuvo como consecuencia el endurecimiento del derecho penal, llegando a cotas verdaderamente insospechadas.

En la actualidad resulta innegable que la mayoría de los Estados tanto en Europa como en América Latina configuran su forma política bajo un régimen democrático, lo cual conlleva obviamente que sus ordenamientos jurídicos sigan bajo los principios del Estado de derecho, es decir sus postulados legales se establecen como fundamento a la generalidad y abstracción, a su aplicación igual, a su carácter prospectivo antes que retroactivo, a su claridad y publicidad. Sin embargo, lo que realmente llama la atención es que estos postulados en la actualidad tiendan a relajarse y se establezca una política criminal verdaderamente expansiva, pues los códigos penales han dejado de observarse como una *Magna charta* del delincuente, para convertirse en un medio de lucha contra él.

Los factores de expansión del derecho penal han sido brillantemente señalados por Silva Sánchez, de ahí que en lo que sigue plantee de manera sucinta las causas, según las cuales, para este citado autor, han influido en el incremento del propio derecho penal.

Generalmente se le ha atribuido al derecho penal la función de protección de bienes jurídicos; ello nos lleva a la reflexión de que en parte exista una ampliación a la protección de bienes *ex novo*. Esto tiene su razón de ser en las nuevas realidades sociales que antes no existían. Por otra parte, se debe tomar en consideración el deterioro de los bienes tradicionalmente abundantes y que en nuestros días comienzan a escasear, por lo que se les atribuye un valor que con antelación no se les daba³⁵.

34 Sainz Guerra, Juan. *La evolución del Derecho Penal en España*, Jaén, Universidad de Jaén, 2004, *passim*.

35 Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a ed., Madrid, Edisofer, 2011, pp. 11 y ss.

De igual manera, la compleja vida social es razón de un aumento cuantitativo de acoplamiento de individuos; esto supone que las relaciones sociales se tornen más complejas y el aumento de estas hace que sea la propia sociedad quien cree instituciones que la defiendan de los nuevos peligros. En las propias palabras de este autor: “[...] nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la “inseguridad sentida” (o como la sociedad del miedo)”.

Esta nueva revolución industrial se caracteriza por que las relaciones económicas y sociales son altamente cambiantes. Así mismo, el amplio desarrollo industrial en el que la sociedad actual se desenvuelve tiene consecuencias más o menos directas en el incremento del bienestar individual. Sin embargo, de la consecuencia de este desarrollo industrial nacen nuevas amenazas, que generalmente son decisiones que otros adoptan en el uso de avances técnicos.

Otro factor que se ha de tomar en consideración es que el miedo ejerce sobre los individuos una importante función psicológica, ya que éste se institucionaliza y se convierte por tanto en un fenómeno masivo. El miedo asume un papel determinante tanto en la vida social como en la vida política. Podemos decir que el miedo se institucionaliza de tal forma que empuja a la intolerancia y la exclusión, a las nuevas formas de expansión irracional del derecho penal. Para erradicar este nuevo malestar social no existen soluciones –al menos no de origen institucional.

El riesgo y la inseguridad son características endémicas de una sociedad enferma de valores. Este temor se transmite de igual manera a las instituciones del Estado. La presencia y la manipulación de los riesgos han sustituido a la función de segregación de los valores, y tal componente ha ganado terreno a la dirección política de los Estados, en consecuencia el gobierno busca la estabilización de la sociedad. En términos generales, la inseguridad social termina por destruir la creatividad de la política y la certeza del derecho, por lo cual a este último lo hacemos elástico, en nombre de la lucha en la cual el legislador descuida los fundamentos de un Estado social y democrático de derecho.

También los medios de comunicación influyen en relación con la transmisión de actividades delincuenciales acaecidas, así como una gran relevancia mediática, ya que anuncian noticias que en gran medida nos dejan perplejos, lo cual, obviamente, se traduce en una sensación inconsciente de inseguridad; así, los medios se traducen en instrumentos de indignación y de cólera públicas, por lo que pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción. Propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del *chivo expiatorio*, que se creía reservado para tiempos revueltos, resulta una constante de nuestro tiempo³⁶.

36 Garapon, Antoine. *Juez y democracia: una reflexión muy actual*, Barcelona, Flor del viento, 1997, p. 94.

Por otro lado, no cabe duda de que las víctimas han cobrado un protagonismo inusitado, de tal suerte que en la actualidad las legislaciones establecen sus derechos. Esta nueva tendencia en el ámbito victimológico tiene consecuencias directas para el derecho penal, pues bajo este cariz se pierde de vista la función que tiene, es decir la defensa de los ciudadanos, por lo que se radica en una masificación de la intervención coactiva del Estado. Esta identificación social con la víctima trae como consecuencia el cambio de paradigma de la pena, ya que se ve a ésta como un mecanismo de ayuda a la superación para la víctima del trauma generado por el delito; puesto que la sociedad no ha sido capaz de evitarle el trauma que con el delito se genera, se tiene como mínimo una deuda frente a la propia víctima, que se resarce con el castigo del autor.

En este sentido, el cumplimiento de esta deuda social sólo se cumple a través de la pena de prisión y de multa. La pena bajo esta perspectiva significa mucho para la víctima, no tanto porque satisface necesidades de venganza, ya que en muchos de los casos no lo hace, sino más bien porque la pena manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima, “la pena deja fuera al autor y con ello, reintegra a la víctima”³⁷.

En la sociedad actual, en la que se han roto los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y lo malo, no funcionan instancias autónomas de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de bienes jurídicos; por tanto, al convertirse una conducta no contraria a derecho en socialmente inmoral, tiende a adoptar el propio desarrollo de la delincuencia. Cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos –y *sobre todo una definición elemental del bien y el mal*– se desvanecen, suelen ser reemplazados por el Código Penal.

En general, el resultado del descrédito de otras instancias de protección (derecho administrativo o civil) resulta desalentador, pues la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, encierra en gran medida una expansión *ab absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al derecho penal a cargas que éste no puede soportar.

El derecho penal no constituye *per se* el mecanismo adecuado para una gestión razonable de las patologías sociales, sino, antes bien, es un instrumento más, por no decir final (*ultima ratio*), en la solución de conflictos.

El fenómeno anterior se ha visto traducido en las legislaciones penales, especialmente en la parte especial; se ha modernizado el catálogo de los códigos penales, se han establecido nuevos bienes jurídicos penalmente protegidos, se regulan conductas que obstaculizan el libre comercio de los agentes económicos en las sociedades

37 Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal...*, cit., 2011, p. 51.

industriales, y las decisiones legislativas se ocupan de crear nuevas figuras delictivas, ampliar tipos ya existentes o incrementar sus penas³⁸.

Otro sector de regulación es el que atiende a la protección de intereses colectivos afectados precisamente por el propio desarrollo del libre mercado, así como la lucha contra la corrupción tanto administrativa como judicial. Sin embargo, tal vez el sector que más se ha visto ampliado es el de la delincuencia organizada, la cual se ha convertido en un cajón de sastre en el que todo cabe (con la única condición de que sean más de tres); por otra parte, se ha generalizado la aprobación de reformas legislativas sobre tráfico internacional, tráfico de drogas, etc.; así mismo, no ha sido indiferente para el legislador el agravamiento de delitos que con antelación se encontraban regulados; sirva de ejemplo los delitos sexuales, contra personas vulnerables (discapacitados, enfermos, menores de edad o mayores), delitos de violencia doméstica, discriminación social, entre otras.

Si bien la mayoría de los países occidentales tiene como premisa legislativa la codificación, por lo cual de manera ineludible el ámbito penal forma parte de esta, las ventajas que presenta son en gran medida la racionalización del sistema de control penal y la obstaculización de decisiones legislativas proclives a abandonar los principios fundamentales del derecho penal por razones coyunturales. Sin embargo, en muchos países se encuentra floreciendo un gran número de leyes especiales que suponen una importante pérdida de seguridad jurídica; de igual manera, ésta favorece la elusión de las exigencias principales más estrictas de los códigos, además de que suele ir acompañada de un significativo descenso de la calidad técnica de la ley penal.

Cabe destacar que a pesar de la constante proliferación de leyes penales, estas no eliminan los fenómenos criminológicos, pues éstos no se evitan con la simple publicación de nuevas leyes; no obstante, dan un permiso casi ilimitado a un poder punitivo que se ejerce de forma selectiva, por lo cual los tipos penales que pretenden erradicar la criminalidad en la actualidad sólo dificultan los servicios y la circulación que ofrece esta criminalidad, y sin embargo no la eliminan, lo cual trae como consecuencia que únicamente se desarticule a las organizaciones más endebles y con ello se refuerce a las más poderosas y sofisticadas, así como el encarecimiento del servicio criminal.

IV. POPULISMO PUNITIVO

Como ha quedado apuntado en el epígrafe anterior, asistimos hoy día a un cambio sin precedentes en el ámbito de la política criminal. Si bien no desconocemos que en la actualidad la delincuencia se ha aprovechado de las nuevas tecnologías y de

38 Díez Ripollés, José Luis. “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, en Santiago Mir Puig (dir.), *Derecho penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 153 y ss.

la complejidad en las relaciones financieras³⁹, el incremento de la delincuencia patrimonial, el crimen organizado o el narcotráfico han modificado las propias condiciones de vida de la sociedad que padece estas alarmantes patologías sociales, no resulta ilógico que sea la propia sociedad la que solicite al Estado la intervención de la manera más contundente posible, con la finalidad de garantizar la seguridad; es decir, las demandas de control dirigidas al derecho penal son una manifestación de la sociedad moderna⁴⁰.

En este sentido, el Estado trata de dar respuestas satisfactorias para así apaciguar los caldeados ánimos sociales, y estas se traducen en gran medida en el aumento de la legislación penal (mediante la creación de nuevos tipos), así como en el incremento desmesurado de la gravedad de las sanciones e intensificación de los medios de intervención policial, tanto en el proceso como fuera de éste.

Estos modelos o nuevas formas legislativas son denominados en el ámbito de la doctrina “populismo punitivo”, cuya característica se ve representada en que se vincula la seguridad a la intensificación de la represión penal de aquellas formas de delincuencia a las que se atribuye la responsabilidad de la inseguridad, así como a la búsqueda de nuevas fórmulas de seguridad que faciliten un anclaje entre las respuestas a las causas de los comportamientos marginales y aquellas que sitúan a las víctimas en el centro de la acción pública.

El problema que plantean estas nuevas tendencias político-legislativas es en gran medida la implantación de una política criminal actuarial⁴¹, que trae como consecuencia las múltiples ventajas electorales, lo cual por una parte implica un permanente recurso al derecho penal (olvidando de esta manera el principio de *ultima ratio*) para hacer frente a los problemas que aquejan a la sociedad, lógicamente a través de una repercusión mediática⁴².

Bajo este cariz desaparecen las ideologías contrapuestas sobre temáticas de seguridad social, para así convertirse en un pensamiento único en materia de seguridad pública por parte de los agentes políticos. Dicho de otra manera, la característica de los partidos políticos denominados “de derechas” se centraba en que en sus programas electorales proponían el incremento de seguridad a través de una mayor presión punitiva, mientras que los partidos de izquierdas defendían la postura contraria, es

39 Silva Sánchez, Jesús María. “El populismo punitivo”, *Escritura pública*, vol. 55, Consejo General de Notariado, 2009, p. 15.

40 Albrecht, Peter-Alexis. “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. Ricardo Robles Planas, Granada, Comares, 2000, p. 472.

41 Rivera Beiras, Iñaki/Nicolás Lazo, Gemma. “La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea”, en Iñaki Rivera Beiras (coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 235.

42 Landrove Díaz, Gerardo. *El nuevo Derecho penal*, cit., p. 57.

decir la disminución de esta; sin embargo, hoy día ambos piden lo mismo, es decir más presión punitiva, así este pensamiento único se caracteriza precisamente en la ausencia de pensamiento.

Si bien con antelación se entendía que en el derecho penal clásico se explicaba como medio de aseguramiento de la propia libertad de los individuos, en contra de la arbitrariedad de la justicia feudal, pues precisamente la función del derecho penal se centraba prácticamente en la defensa de los ciudadanos contra las intervenciones coactivas del Estado, por lo que en la persecución penal estatal todo debía ser predecible y estar libre de influencias políticas. Producto de este derecho penal clásico, el Estado de derecho se ciñe en una estricta legalidad *apolítica*, arraigado en la prohibición de analogía y de retroactividad.

No obstante, esta política legislativa actuarial supone un cambio radical a las políticas que construían un derecho penal, basado en un Estado social y democrático de derecho, por lo que se abandonan los discursos del Estado social y democrático y en su lugar se busca acomodo a teorías que tienen como finalidad eliminar, atajar o reducir las causas que provoca la delincuencia. El caldo de cultivo de este nuevo pensamiento se centra precisamente en la desilusión sobre la rehabilitación y otros métodos de control individual que se ha demostrado empíricamente que no son efectivos para la prevención de la delincuencia.

Así, bajo el concepto de *prevención*, la política legislativa da patente de corso a teorías represivas, en virtud de que este concepto quedó demasiado corto, por lo que se abre un abanico de posibilidades en la lucha contra el delito, pues se demostró que el derecho penal siempre llega tarde⁴³, debido a lo cual se ha dado competencia a diferentes instituciones en cuanto a la responsabilización de la seguridad. En este sentido, no cabe duda de que se ha pasado de un concepto prevencionista a un concepto securitario; se entiende que el delito es sólo una causa de la ansiedad de la población, y por tanto la lucha contra sus miedos y las sensaciones de inseguridad se consideran en este rubro tan importantes como la lucha contra el delito, así como la presencia de otros determinantes objetivos de la inseguridad⁴⁴.

Sin embargo este concepto, “seguridad”, se muestra cuando menos peligroso, pues bajo este se pierden los límites racionales de la propia intervención estatal y por tanto se flexibilizan los principios fundamentales que rigen en un Estado de derecho en cuanto a la protección del individuo, pues nada escapa del concepto de “seguridad”.

43 Queralta, Joan. “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, *Revista Crítica Penal y Poder*, vol. 2, 2012, pp. 18 y ss.

44 Swaaningen, René Van. “La política de seguridad ciudadana en Holanda: traficando con el miedo”, *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, vol. 3, 2005, p. 2.

De lo anterior se puede observar que ante este nuevo sesgo político-criminal, le corresponden nuevos objetivos y nuevas técnicas. Bajo esta premisa, la política actuarial se basa en cálculos de probabilidad, así como en las distribuciones estadísticas que se pueden aplicar a la población; dichas estadísticas sirven de base para establecer categorías en la población según criterios de riesgo, la identificación y el manejo de la población se lleva a cabo a través de técnicas de vigilancia y control, con el objetivo de establecer *a posteriori* medidas de neutralización del riesgo previamente identificado.

La política criminal actuarial no actúa en términos de prevención y en un derecho penal de la culpabilidad, sino más bien se puede decir que hoy día se atiende al riesgo que puede presentar determinada persona; por ello, se persigue más la pertenencia a un determinado grupo social, previamente clasificado como de riesgo, que a conductas o hechos concretos constitutivos de delito.

Esto provoca que en gran medida se difuminen los límites de la culpabilidad y se establezca una perversa ampliación del concepto de “delito”, pues aquí se incluyen elementos como el riesgo, por lo que de modo natural también se incrementa la *delincuencia administrativa*, cuya finalidad es desalentar la comisión de delitos o conductas riesgosas mediante el establecimiento de sanciones en el ámbito del derecho administrativo.

Como señalamos con antelación, la legislación penal, producto del populismo punitivo además de endurecer el sistema penal, deja de consultar a expertos⁴⁵ y se establece bajo un discurso político; así, las decisiones se adoptan bajo un contexto publicitario, de tal manera que al momento de hacer una propuesta de ley se toma en cuenta el beneficio político y la reacción de la opinión pública por encima del punto de vista de los expertos y las evidencias de las investigaciones, tanto científicas como empíricas⁴⁶.

Hoy día se ha dejado fuera a los expertos y en su lugar se han incorporado al debate legislativo grupos heterogéneos de todas las ideologías políticas, convirtiéndose así en grupos de acción política; no cabe duda de que en la actualidad se vive una corriente populista en la que se ha dejado de lado la opinión razonada de los expertos. La politización del control del delito ha transformado la estructura de relaciones que conecta el proceso político y las instituciones de la justicia penal, lo cual ha ocasionado que los legisladores se preocupen más de someter la toma de decisiones en materia penal a la disciplina de la política partidaria y al cálculo político de corto plazo⁴⁷.

45 Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 79.

46 Garland, David. *La cultura del control...*, cit., p. 49.

47 Garland, David. *La cultura del control...*, cit., pp. 49 y ss.

Por la poca concreción que se ofrece en la literalidad de tales textos, cabe pensar que el legislador traduce dicha demanda social presentada en los diversos medios de comunicación; en este sentido se advierte que tiene mayor relevancia la concepción aflictiva del derecho penal, con la manifestación de que la única respuesta eficaz frente al delito ha de ser la prisión. Bajo este planteamiento se propone *más prisión y mayor duración*, lo cual lleva consigo que la responsabilidad individual se desvincule por completo del contexto social y en su lugar encuentre acomodo el modelo securitario, pues al ponerse en duda la reinserción social se suman demandas de inocuización del delincuente al que se considera incorregible y al que se pretende desterrar de manera definitiva del ámbito social⁴⁸.

Por otra parte, al haber grupos sociales tan homogéneos y diferentes en una sociedad, aumentan la desigualdad, la pobreza y la marginación, y esto hace que más sectores de población compitan por unos recursos públicos cada vez más limitados, y, desde esa competencia, incluso se llega a cuestionar las pocas prestaciones que tienen los reclusos; asimismo entra en auge el principio de precaución, lo cual supone la necesidad de adelantarse al peligro, por lo que se establece un derecho penal prospectivo, el legislador se ve en la necesidad de informar a la opinión pública que demanda la anticipación de la intervención penal los mecanismos que utiliza para lograr erradicar el delito así como reinstaurar la seguridad.

En definitiva, hoy día el Estado se encuentra arrinconado y limitado frente a los nuevos fenómenos delincuenciales, por lo que su forma (antinatural) de abatir la delincuencia se centra en el derecho penal en vez del derecho de policía, lo que conlleva el ascenso de un populismo punitivo que arrincona el proyecto de un Estado social y democrático de derecho, debido a que con este modelo punitivista trata de dar la imagen de un Estado fuerte y presto para abatir la delincuencia a cualquier precio, sin importar que esto traiga consigo la pérdida o flexibilización de derechos fundamentales, pues la imagen de un Estado débil e ineficaz, por garantista que sea, no puede acabar con los riesgos que surgen en una sociedad en crisis.

CONCLUSIONES

La exclusión de ciertos sectores de la población se debe no sólo al ámbito económico, sino también a los diversos servicios a los que no pueden tener acceso, de tal manera que a falta de tales servicios aquéllos no pueden estar en igualdad de condiciones con el resto de miembros de la sociedad.

No cabe duda de que el sistema de control social se ha diseñado desde los estamentos de poder, lo que sin lugar a duda ha dejado relegado a un sector importante de la

48 Silva Sánchez, Jesús María. "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", *Revista de Derecho* (Coquimbo), n.º 8, 2001, p. 179.

población, pues hasta hace unas décadas los delitos económicos y financieros (hoy en auge) apenas tenían relevancia en las legislaciones.

Por otra parte, es necesario poner de manifiesto que la atención o, mejor dicho, el endurecimiento de la delincuencia dependen del entorno económico del momento, pues resulta obvio que la ira colectiva así como los medios de comunicación tienden a exaltar más los delitos e incluso de una manera radical en tiempos de crisis económica, donde se llega ver al sujeto como un enemigo social, mientras que en épocas de bonanza económica se le ve como un enfermo al que es necesario curar.

A esta alturas a nadie sorprende que el derecho penal esté abarcando áreas que antes se creían inexpugnables. Ello no significa que se debe estar en contra de la modernización, sino, más bien, que no se puede alterar o suprimir los principios y garantías que tanto ha costado conseguir en el ámbito del derecho penal.

No obstante, y pese a las muchas denuncias que realiza el sector académico, el panorama no es muy alentador, pues parece ser que las propuestas político-criminales siguen y seguirán por los mismos derroteros, es decir, una política criminal de la exclusión, donde solamente los sectores económicamente privilegiados se benefician.

Lo grave de este contexto es que de seguir así se corre la suerte de caer en un oscurantismo del cual no podrá haber retorno alguno, por lo cual consideramos que todo cambio en el sistema de justicia penal debe ajustarse sin lugar a duda a los principios y garantías del Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, Peter-Alexis, “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Comares, 2000.

Alcoceba Gil, Juan Manuel, *Nacimiento y expansión de un nuevo modelo de política criminal. El derecho penal anticipativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Álvarez Uría, Fernando/Varela, Julia, *Sujetos frágiles*, México, FCE, 1989.

Castel, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

Currie, Elliott, “Crime and market society: lessons from the United States”, en Paul Walto y Jock Young (dirs.), *The New Criminology Revisited*, London, Macmillan, 1998.

Díez Ripollés, José Luis, “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, en Santiago Mir Puig (dir.), *Derecho penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

Díez Ripollés, José Luis, “La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 12-13, 2012.

Díez Ripollés, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2007.

Garapon, Antoine, *Juez y democracia: una reflexión muy actual*, Barcelona, Flor del viento, 1997.

Garland, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.

Giddens, Anthony, *Sociología*, trad. Philip W. Sutton y Francisco Muñoz de Bustillo, novena edición, Madrid, Alianza, 2022.

González Sánchez, Ignacio, “La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 3, n.º 8, 2012.

Innerarity, Daniel, *La sociedad invisible*, Madrid, Espasa, 2004.

Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.

Landrove Díaz, Gerardo, *El nuevo Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

Manzanos Bilbao, César, *Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca*, Donostia, Tercera Prensa, 1991.

Mayoral Díaz-Asensio, Juan Antonio/Martínez i Coma, Ferran, *La calidad de la justicia en España. ¿Cómo evalúan los españoles el funcionamiento de las instituciones judiciales y qué se puede hacer para mejorarlas?*, Barcelona, Fundación Alternativas, 2013.

Mir Puig, Santiago, “Constitución, Derecho penal y globalización”, en Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), *Nuevas tendencias en Política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

Nájera, Arturo y Ramírez, Efraín, “Mercado mundial de seguros 2021-2023”, *Revista Fasecolda*, vol. 187, 2022.

Queralt, Joan J, “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, *Revista Crítica Penal y Poder*, vol. 2, 2012.

Rivera Beiras, Iñaki/Nicolás Lazo, Gemma, “La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea”, en Iñaki Rivera Beiras (coord.), *Política criminal y Sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005.

Rocha, Ricardo/Martínez, Hermes, “Crimen, pobreza y crecimiento regional en Colombia”, *Archivos de Economía*, vol. 230, 2003.

Sainz Guerra, Juan, *La evolución del Derecho Penal en España*, Jaén, Universidad de Jaén, 2004.

Sarmiento, Julio, “Exclusión social y ciudadanía política. Perspectivas de las nuevas democracias latinoamericanas”, *Última Década*, vol. 8, 1997.

Serrano Tárraga, Dolores, “Exclusión social y criminalidad”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014.

Silva Sánchez, Jesús María, “La sociedad del Derecho penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2017.

Silva Sánchez, Jesús María, “El populismo punitivo”, *Escritura pública*, Consejo General de Notariado, vol. 55, 2009.

Silva Sánchez, Jesús María, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, en línea, n.º 8, 2001.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Madrid, Edisofer, 2011.

Silva Sánchez, Jesús María, *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2009.

Swaaningen, René Van, “La política de seguridad ciudadana en Holanda: traficando con el miedo”, *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, vol. 3, 2005.

Young, Jock, *La sociedad “excluyente”: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La pobreza causa tantos delitos como la riqueza”, *Infobae*, 2017.