

## POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO DE DERECHO EN LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS

Luis ARROYO ZAPATERO

SUMARIO: I. *Prolegómeno*. II. *Los derechos humanos. De las ideas al orden jurídico internacional*. III. *De los derechos humanos al derecho penal constitucional*. IV. *El proceso con derechos*. V. *El moderno incremento de la criminalidad*. VI. *La aparición de una criminalidad bien moderna*. VII. *Derecho penal clásico vs. derecho penal moderno*. VIII. *Una nueva representación social de la criminalidad*. IX. *Victimología: la preferida de los liberales o la última ratio contra el liberalismo*. X. *Una opinión pública mundial y la política criminal*.

### I. PROLEGÓMENO

Como herencia de mi maestro Marino Barbero Santos —como español, jurista y amante del progreso—, siempre he gustado de comenzar mis palabras, en la tierra del águila y del nopal, con la expresión del agradecimiento al pueblo mexicano por la acogida hospitalaria que hizo a los intelectuales y profesionales, que eran lo mejor de la República española, los cuales encontraron aquí una patria y —en afortunada expresión de José Gaos— un transtierro. Pero hoy no voy a hacer ninguna referencia específica a este argumento, sino que voy a contarles una anécdota que vale más que un argumento.

Hace tres años, después de dieciséis años de largo rectorado en la Universidad del corazón de la Mancha —la patria de Don Quijote—, vine, como primera tarea académica, a esta Universidad y a este Instituto, y aquí me entregó Antonio Sánchez Galindo un libro, que es el homenaje de la Facultad y del Instituto a los maestros exiliados españoles; funda-

dores de la Facultad y cofundadores también de este Instituto. A su vez, el rector José Ramón de la Fuente me entregó este libro para que se lo hiciera llegar al presidente del gobierno de España, y mi emoción fue máxima cuando hace unos meses en Sevilla, con quinientos rectores y rectoras de universidades iberoamericanas, en sesión presidida por los reyes de España, junto con el presidente del gobierno, por el propio rector de la UNAM y el presidente de Universia, don Emilio Botín, el presidente Rodríguez Zapatero aludió, porque estábamos en Sevilla y con todos los amigos de Iberoamérica, a un personaje y a una historia: don Manuel Martínez Pedroso, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Sevilla, vicerector de la misma, exiliado en México y acogido en la Facultad de esta Universidad. Su obra académica no es muy conocida, pero haremos lo posible —como muy bien sabe el profesor Sergio García Ramírez— para que se conozca más, lo mismo que su obra humana. Aunque lo citan repetidamente dos contemporáneos absolutamente capitales: Carlos Fuentes, que lo ha hecho en numerosas ocasiones, pero en especial en el año del IV centenario del Quijote, y en el último premio Cervantes; ni más ni menos que Sergio Pitó, quien en su discurso, en la Universidad de Alcalá, ante los reyes de España, citó, entre sus maestros de literatura, a su catedrático de derecho constitucional: don Manuel Martínez Pedroso.

Las palabras del presidente del gobierno en agradecimiento al pueblo mexicano por la acogida a los exiliados, resumidos en Pedroso, resonaron en todos los corazones de quienes representábamos a las universidades iberoamericanas en el aula magna de la Universidad de Sevilla. Ésta es la anécdota que vale mucho más que cualquiera de mis palabras.

Con esto intento encaminarme en el tiempo presentándoles una serie de argumentos que no están en absoluto cerrados, sino muy inspirados en una preocupación y en una dinámica de trabajo en la que después de la visita a México, en 2003, tuve como segunda tentación de la mano de Mireille Delmas-Marty, a quien ustedes ya han tenido el privilegio de escuchar.

No se trata de una reflexión ordenada y sistemática sobre un mundo científico-jurídico acabado, sino de una serie de ideas que deseo que queden en su mente, y a las que pueden recurrir conforme van escuchando a otros ponentes o vayan estudiando en su casa, en su profesión, en su universidad o en su centro de trabajo como juristas.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS. DE LAS IDEAS AL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

Se trata de identificar las esencias de lo que es la situación actual del derecho penal y de los derechos humanos en el mundo después de la Segunda Guerra Mundial. El intento es, por lo tanto, excesivo. Lo fundamental, que yo creo que deja como poso el periodo que podemos identificar entre finales de la Segunda Guerra Mundial y el momento actual, es que desde 1945 lo que fue un reclamo político, incluso un reclamo cultural: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, se ha convertido en un elemento material de la realidad jurídica de los pueblos y de la consciencia jurídica del conjunto de los pueblos del mundo. Naturalmente con espacios regionales que están en otras circunstancias. Pero lo que digo vale plenamente para América y la Europa más que occidental.

Revela este cambio sustancial de lo que es el cambio de la idea de los derechos humanos de hace sesenta años al momento actual, el tremendo valor de las ideas, o lo que Delmas-Marty podría llamar “el valor y el poder imaginante o creador que tiene el derecho”.<sup>1</sup>

¿Cuál ha sido el resultado final de ese proceso que comienza con el ajuste de cuentas con los mayores crímenes contra la humanidad producidos a lo largo de la historia, y que representan el mundo del fascismo y del nazismo? En primer lugar, creo que el resultado es, particularmente en el espacio cultural de Europa y América del norte y del sur, el que se condensa en la transformación de la vieja Declaración de Derechos Humanos al ser renovada por Naciones Unidas en la Carta de San Francisco, y reduplicada en la Carta Europea de Derechos Humanos y en la Convención Interamericana, con la singularidad de que en los dos últimos instrumentos citados tienen la pretensión de vigencia directa.

<sup>1</sup> Para una aproximación véase Delmas-Marty, Mireille, “Estudios comparados e internacionalización del derecho”, *Revista Penal*, núm. 15, enero de 2005, pp. 46 y ss., también en Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, [www.uclm.es/idp](http://www.uclm.es/idp), < áreas temáticas > fundamentos de las ciencias penales < política criminal. A fondo *La misma, Les forces imaginantes du droit* (I), *Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, y II *Le pluralismo ordonné*, Seuil, 2005.

### III. DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

Esa idea de los derechos humanos, que naturalmente tiene plasmaciones diferentes en las formulaciones jurídicas en el mundo anglosajón y en el mundo latino en el que nos encontramos, da lugar a lo que podemos llamar un derecho penal del Estado de derecho, incluso del Estado social, porque esa idea del derecho penal que se establece a partir de 1945 tiene elementos del Estado de derecho, en el fundamento y límites de la responsabilidad, en el de los principios, pero también de lo moderno, de lo social, de la lucha por la igualdad material, que se plasma de manera fundamental, sobre todo en los fines de la pena y de la resocialización, aunque también en la incorporación de nuevos bienes jurídicos. Naturalmente, la vida cotidiana está llena de excepciones a lo que digo, pero todas son, claramente, excepciones que confirman la regla, y cada vez que un pueblo mejora, que un país avanza, se reconstituye lo que les estoy enunciando: un derecho penal garantista, un derecho penal de los bienes jurídicos. En los países dotados de Constituciones, sea por nuevas Constituciones o como en el caso de América Latina, por la renovación de las Constituciones desde Río Grande a la Patagonia en los años ochenta y noventa, puede hablarse propiamente de un derecho penal constitucional.<sup>2</sup> Son años en los que las Constituciones integran —a veces a golpe de martillo— el valor universal, pero valor jurídico directo, de las declaraciones de derechos humanos. Y digo a golpe de martillo porque en ocasiones han sido los propios constituyentes o legisladores de los países, como por ejemplo Colombia y México, pero a veces tienen que ser los magistrados de las cortes supremas —cuando existen— que utilizan el martillo y declaran que los derechos fundamentales están por encima, en términos jurídicos, de cualquier ley, aunque se llame de punto final.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Véase mi texto “Cultura, Constitución y derecho penal”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, t. I, pp. 3 y ss.

<sup>3</sup> Así, la sentencia de la Corte Suprema de Argentina de 2005 por la que se declara la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida.

Esta es la realidad actual, de lo que fue un reclamo precipitado de los revolucionarios franceses en el atractivo París de la Revolución francesa.<sup>4</sup>

#### IV. EL PROCESO CON DERECHOS

También pertenece a lo consolidado en este tiempo la idea de que la justicia penal tiene que realizarse a través del llamado proceso debido. Pienso que es la gran contribución de los Estados Unidos al progreso de los derechos humanos en su elaboración teórica, aunque su realidad diste mucho del concepto. Esa contribución: el debido proceso y un cambio en la idea de política criminal, que, por resumirlo, podríamos decir que si la política criminal moderna se origina en los textos de von Liszt, se madura en la concepción de derecho penal y política criminal de Roxin, bien conocido a través de la traducción y la divulgación que ha hecho Muñoz Conde durante todos estos años.

Casi me atrevería a decir que hemos llegado, en algunos países, a cierta orgía garantista. A veces piensa uno en ello cuando ve cómo y en qué condiciones los tribunales, aplicando la doctrina constitucional de la prueba prohibida, optan por la libertad, incluso en casos de culpabilidad manifiesta. El último caso en España, que no es fruto tanto de una consideración dogmática como fruto del caos, es el siguiente: después de largos meses de seguimiento, la policía, dirigida por un juez de una determinada ciudad, logra detener infragante a unos asaltantes del banco cuando ya están dentro del mismo, y donde tienen —incluso— una bolsa con las armas. Pero al final hay alguien que argumenta: nadie ha demostrado que portan armas, aunque estuvieran en una bolsa a su mano, lo que determinó la no adopción de la prisión provisional.

Hay cierta orgía garantista. A mi me preocupa, sólo parcialmente, porque tiene razón Zaffaroni cuando dice que en realidad el Estado, por bueno que parezca, siempre es Estado, y que todo esfuerzo porque se encapsule ese poder del Estado es correcto. Esta idea, en su momento,<sup>5</sup> me

<sup>4</sup> Es de celebrar la versión en español de la monumental obra de Margerit, Robert, *La Revolución*, Barcelona, Edhasa, 2005.

<sup>5</sup> Era el de su doctorado *honoris causa* en Toledo, que se producía en el antiguo convento de San Pedro Mártir, en su tiempo cuartel general de los dominicos y sede del disco duro de la Inquisición y hoy Paraninfo de la Universidad de Castilla-La Mancha en Toledo. Publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

ha parecido excesiva, pero dejó de parecérmelo cuando el instrumento de la política criminal más respetado del mundo, que se le llama *Scotland Yard*, disparó a matar sobre un joven brasileño que no llevaba mochila, ni corría, ni nada. Me di cuenta de que Zaffaroni tenía toda la razón. No se puede uno fiar ni del *Scotland Yard*, desde el punto de vista de los derechos humanos. Por lo tanto, a pesar de la cantidad de veces y de supuestos que nos llevarían a pensar que nos hemos metido en una orgía garantista, al final tienen razón los que mantienen que hay que velar radicalmente por las garantías fundamentales en el proceso para evitar —precisamente— estas operaciones del Estado cuando —en términos de Zaffaroni— se desencapsula.

El asunto tiene mucho que ver con otro caso de gran actualidad. La Cámara de los Lores acaba de declarar prohibido el uso, en juicio, de pruebas obtenidas en otro país mediante la tortura,<sup>6</sup> con o sin rapto previo y traslado del secuestrado de uno a otro país. El asunto es bien conocido. En consecuencia, no nos encontramos ante un exceso del garantismo. En verdad, todo garantismo es poco. Nos encontramos, eso sí, con una nueva representación de la criminalidad.

## V. EL MODERNO INCREMENTO DE LA CRIMINALIDAD

De igual modo pertenece a la esencia del tiempo contemporáneo el incremento de la criminalidad —no viene al caso desarrollar el argumento—, pero es, al menos en la Comisión Criminológica del Consejo de Europa, un valor entendido.<sup>7</sup> Hay un incremento de la criminalidad equivalente al incremento del producto interno bruto en todos los países. Se ve en la experiencia española del paso a la democracia (de la dictadura a la democracia) que hay un incremento de triplicación de la criminalidad. Decían los enemigos de la democracia, que era el fruto de la misma. Naturalmente que la democracia da libertad a sus enemigos y, también, al crimen, pero resultaba que el mismo incremento se había producido en el resto de Europa, que había tenido el privilegio de no pasar ese trance, en

<sup>6</sup> Resolución del 8 de diciembre de 2005, véase *El País*, 9 de diciembre de 2005.

<sup>7</sup> Véase Henri Bolle, Pierre, “Dimensions, formes et évolution de la criminalité en Europe et principaux problèmes de sa prévention”, *Mélanges en l’honneur de François Knoepfler*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005, pp. 469 y ss.

esos años. La debilidad o miseria de la estadística criminal de todos los países nos impide hacer un juicio sereno, pero en países del mismo espacio geográfico nos encontramos con esa circunstancia como variante.

## VI. LA APARICIÓN DE UNA CRIMINALIDAD BIEN MODERNA

No solamente se ha incrementado la criminalidad, sino que hay una criminalidad de nuevo tipo, le podemos llamar criminalidad moderna, por distinguirla de la tradicional: del robo, del hurto, de las lesiones, de las violaciones, de los homicidios y de los asesinatos. En lo nuevo está el crimen económico internacional, desbocado a lomos de una globalización refractaria al respeto de los derechos. El terrorismo actual, que nada tiene que ver el terrorismo clásico del anarquista casi aislado, como el del español Mateo Morral que quiso robarle al rey y a su mujer la carroza, y algo más, el día de su boda, con el de la organización terrorista ETA o con la posmoderna, incluso en formas organizativas, organización terrorista red Al Queda.

Otro fenómeno nuevo, en sus dimensiones cuantitativas, es el del tráfico de seres humanos. Naturalmente que no se me olvida que existió la esclavitud, pero es que entonces no eran seres humanos así considerados por la comunidad internacional. Curiosamente el primer reproche penal se dirigió, en exclusiva, a la “trata de blancas”. Al margen de las causas y condiciones de las migraciones internacionales, tanto en Río Grande como en el estrecho de Gibraltar, conocemos bien la presencia de materia criminal en el tráfico de personas, tanto de trabajadores como de mujeres para la explotación sexual.<sup>8</sup>

Y está la gran novedad —que naturalmente afecta a algunos de los delitos que he mencionado como modernos— del crimen organizado. Naturalmente que no se ha descubierto ahora que es mejor organizarse para cometer crímenes. En la terminología española tuvimos como agravante la tradicional “cuadrilla” y las bandas armadas. Pero el crimen organizado de hoy es el producto de la suma y combinación de diversos elemen-

<sup>8</sup> Véase mi trabajo “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, *Libro Homenaje a Marino Barbero Santos*, España, Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001, t. II, pp. 25 y ss. Véase en portal iberoamericano de ciencias penales [www.uclm.es/idp](http://www.uclm.es/idp), ruta: áreas temáticas/problemas actuales/inmigración y derecho penal.

tos; teñidos todos por una aplicación de un exceso de inteligencia y de la extraordinaria capacidad de organización que dan todos los medios contemporáneos, tanto de movilidad y de comunicaciones, como la capacidad de daño que el crimen organizado tiene; ya sea que se trate de operaciones económicas, como de tráfico de sustancias ilegales o de armas. A su vez, la capacidad de daño, que en la actualidad resulta disponible, dota al crimen organizado de posibilidades inéditas hasta hoy. Ejemplo de ello es tanto la operativa del secuestro de aviones para lanzarlos sobre los edificios de Nueva York, como la de que con dos miserables componentes a disposición en todo laboratorio universitario y con pocos teléfonos celulares se puede destruir la estación de trenes de Madrid. Aunque, sin duda, en este punto lo más radicalmente novedoso es la aparición de los terroristas suicidas, ya que todo el sistema de prevención policial y penal está programado para la lucha contra delincuentes que procuran a toda costa no ser aprehendidos.

Otro elemento de la moderna criminalidad, distinta de la tradicional, que ya el viejo criminólogo, Nicéforo, había avanzado con el argumento de que la criminalidad del futuro sería la criminalidad de la astucia, es todo el llamado derecho penal económico en sentido amplio, desde el núcleo del fraude hasta la corrupción y el delito contra el medio ambiente. Crecimiento económico, globalización, tasas de beneficio, ingeniería financiera, transparencia en el mercado, etcétera, han producido una nueva criminalidad —que estoy seguro asombraría a Donald Sutherland—, y para luchar contra ella un entero derecho penal económico.<sup>9</sup>

## VII. DERECHO PENAL CLÁSICO VS. DERECHO PENAL MODERNO

Lo último nos permite advertir sobre la consolidación del derecho penal moderno, muy debatido entre los penalistas,<sup>10</sup> frente a un derecho penal clásico, vinculado a los elementos nucleares o lo que era el núcleo tradicio-

<sup>9</sup> Consagrado por Tiedemann, Klaus, *Wirtschaftsstrarechts. Allgemeiner y Besonderer Teil*, Heymanns, Carl (ed.), Colonia, 2004 y 2005, respectivamente. Una variante Tiedemann/ Arroyo/ Nieto, México, INACIPE, 2006.

<sup>10</sup> Pueden verse numerosas contribuciones en Arroyo Zapatero, Luis *et al.*, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, España, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003; Varios autores, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000.

nal del derecho penal: los delitos contra la vida, contra los bienes personales. Frente a eso se ha levantado algo que a algunos asombra, asusta y a otros nos parece que los bienes jurídicos personales y colectivos requieren hoy ese moderno derecho. Y que tenemos que ser capaces de estudiarlo y modularlo.

Otro ámbito que ha experimentado un incremento más que cuantitativo es el de los delitos imprudentes. Desde que hay automóviles hay accidentes, pero nunca han tenido el peso, ni alcanzado la velocidad ni una fuerza de choque y daño resultante como hoy en día. El problema ha dado lugar a un experimento político criminal que merece ser atendido. Frente a la incriminación del mero conducir arriesgado infringiendo los reglamentos, se ha introducido el llamado carné “por puntos”, de tal manera que la reiteración en infracciones graves puede concluir con la pérdida de la licencia, a lo que sigue la criminalización del que conduce con la licencia retirada. Pues bien, aun cuando desde hace decenios se ha creado la categoría de delitos contra la seguridad del tráfico, o en el tránsito, todavía no resulta generalmente comprendido que dicha seguridad es un bien jurídico material y formalmente diferente del de la vida y la integridad corporal. Lo mismo acontece en relación con no pocos delitos “modernos” relativos al manejo de riesgos, desde los delitos contra la seguridad en el trabajo, a los relativos al medio ambiente. Esta criminalidad, realmente moderna, requiere un derecho penal también moderno, así como la aceptación de nuevos bienes jurídicos, salvo que se renuncie la tutela de bienes jurídicos fundamentales.

Todo lo que se llama derecho penal moderno no es más que la adaptación del derecho penal a las modernas condiciones de vida social del tiempo contemporáneo que requieren nuevas formas y nuevos instrumentos de protección de esas nuevas necesidades sociales. El derecho penal moderno, el derecho penal económico, el derecho penal del riesgo no son un capricho de los Estados que persiguen medidas meramente simbólicas. Creo que es producto de una sólida necesidad que los penalistas debemos asumir y construir críticamente.

#### VIII. UNA NUEVA REPRESENTACIÓN SOCIAL DE LA CRIMINALIDAD

Siempre ha habido un sector de la sociedad que —contrariando a doña Concepción Arenal— ha odiado el delito y también al delincuente. En la

actual campaña electoral mexicana he podido ver el cartel de un candidato que decía: “hagamos que los delincuentes tengan miedo al salir a la calle y no seamos nosotros quienes lo tengamos”. Yo recordaba —y lo he traído para entregarlo al Instituto y a los autores del libro del homenaje a los exiliados españoles— un facsímile de la *Revista Penitenciaria*, que con ocasión del III centenario compuso don Rafael Salillas en 1905, y que versa sobre la criminalidad y el derecho penal en el tiempo de Cervantes, en lo que se incluye una descripción sobre los tipos humanos que poblaban la cárcel de Sevilla en 1600. El caso es que Cervantes, y la época, a los más peligrosos los llama los valientes,<sup>11</sup> y ocurre que éstos nunca tienen miedo y, por lo tanto, el candidato en cuestión o no dice la verdad o no sabe de qué habla.

A la vez que se produce el rechazo del crimen; siempre ha habido sectores sociales proclives a comprender que buena parte de la criminalidad se origina en la pobreza. Y esto lo dice maravillosamente Cervantes en *El coloquio de los perros*: “la pobreza atropella a la honra, lo que a unos lleva a la horca y a otros al hospital”. Y esto es cierto, siempre en el pensamiento crítico del mundo latino —al menos— hemos tenido esa comprensión sobre el origen social de buena parte de la criminalidad.

En la transición española no se explica de otra manera que la primera ley aprobada por unanimidad, después de la Constitución, es la Ley General Penitenciaria; que sigue siendo la ley más progresista de Europa y, por lo tanto, del mundo. Sin que hechos terribles hayan llevado a retrocesos en el sistema de beneficios penitenciarios, al menos en el sistema general, como ha ocurrido con países que tuvieron ese mismo régimen, como es el caso de Italia.

Hoy casi nadie piensa como Cervantes en los países avanzados, y se produce en esas sociedades de la abundancia un rechazo radical de la criminalidad y del delincuente. La resocialización aparece como un esfuerzo innecesario para la mayoría de los delincuentes y respecto de un sector no muy numeroso, pero muy activo, absolutamente innecesario. En las mismas sociedades que han sido partidarias de reconocer los orígenes sociales de delincuencia, revive la idea de la inocuización, si no en gene-

<sup>11</sup> Al respecto, es también lectura de provecho el discurso de entrada a la Real Academia de la Lengua de Pérez-Reverte, Arturo, *El habla de un bravo del siglo XVIII*, Madrid, 2005, y disponible en [www.capitanalatraste.com/escritor/html?s=cementerio/ce-discurso-rae.pdf](http://www.capitanalatraste.com/escritor/html?s=cementerio/ce-discurso-rae.pdf).

ral, por lo menos ante los delitos sexuales y los delitos violentos en general.<sup>12</sup> Y el gran reto de los países, desde el punto de vista de una política criminal humanista, como proclama la *Société Internationale de Défense Sociale*, que tengo el honor de presidir, está precisamente, más que en el Código Penal, en el régimen penitenciario, en el desarrollo o persistencia de los beneficios penitenciarios y en el establecimiento de condiciones en la privación de libertad que al menos no hagan imposible la re-socialización.

En el ámbito de las penas se han producido, en este más de medio siglo, notables avances, aunque a veces los retrocesos aislados nos nublen la vista. El más relevante es el retroceso de la pena capital que acaba de ser abolida en México. En Europa el instrumento más determinante ha sido la *non nata* Constitución Europea, y, de modo efectivo, frente a Polonia, que en la nueva legislatura se ha pretendido reinstaurar, y frente a Turquía que demanda su ingreso en la Unión, sin derogarla. Creo que la pena capital está de retirada, y ello es un gran avance moral de las sociedades.

Creo que la batalla en contra de la pena de muerte está ganada, y los que la mantienen lo hacen de modo vergonzoso. No me quiero ensañar con China, pero incluso ahí tampoco están orgullosos de la pena de muerte. A pesar de contar con honda tradición, un solo instituto de ciencias jurídicas, de los muchos que hay, tiene más de quince publicaciones sobre la pena capital y no todas son a favor. He dicho que se ha producido una nueva representación de la criminalidad y dentro de ésta, con consecuencias para las penas, cuenta la irrupción en escena de la víctima, que comienza asentándose con un reproche a los liberales diciéndoles: ¡desde 1789 os habéis olvidado de las víctimas! A partir de ahí se ha desarrollado un argumento en el que las víctimas determinan hasta quién habla en el funeral de una víctima: si el presidente del gobierno o la madre de la última víctima producida y, bien, todos conocen el desarrollo de la victimología.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Véase Silva Sánchez, J. M., “El retorno de la inocuización”, *Libro homenaje a Marino Babero Santos*, España, Universidad Castilla la Mancha-Cuenca, 2001, t. I, pp. 699 y ss.

<sup>13</sup> Véase Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003; Tamarit Sumalla, J. M., *Estudios de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2005.

## IX. VICTIMOLOGÍA: LA PREFERIDA DE LOS LIBERALES O LA ÚLTIMA *RATIO* CONTRA EL LIBERALISMO

Creo que tenemos que ser conscientes de que, ante todo, el derecho penal liberal no ha olvidado a las víctimas. Es este derecho, precisamente, la superación de la venganza privada que estaba administrada por el rey en nombre de las víctimas y con olvido por completo del delincuente. Esto no fue casual, sino que fue una gran conquista intelectual y política de la humanidad. No hay más que ver los países y culturas en los que la víctima tiene un papel hegemónico. Pero el problema radica en que sí ha habido aspectos relativos a la víctima que las legislaciones han olvidado. Y no ha sido sino hasta tiempo reciente cuando se ha instrumentado, en algunos países, la indemnización de las víctimas de los delitos violentos o de determinadas víctimas, como, por ejemplo, las víctimas del terrorismo.

Cómo es posible que nadie haya pensado hacer bien el sistema de penas para aquel que después de quince años de cumplimiento de una pena privativa de libertad por haber cosido a puñaladas a una muchacha en un pueblito, no se haya previsto razonablemente que se le debe prohibir la vuelta a ese lugar para evitar que el asesino de la niña se pasee delante de los familiares. Permítanme una anécdota nacional: en una ciudad del País Vasco, un asesino de ETA, tras cumplir su condena, abrió una tienda de electrodomésticos debajo de la casa en donde habitaba la viuda de la víctima. El asesinato veinte años antes le había salvado la vida al asesino, ya que jugándose la propia vida, le quitó, al entonces niño, un camión de enfrente. Hoy sí está prevista la pena accesoria de prohibición de regreso al espacio de comisión del delito o la de acercamiento a la víctima de otros delitos de violencia y amenazas.

Hay que ajustar a la protección de las víctimas todo el derecho penal, pero las víctimas no se pueden apoderar del derecho penal. No es que esta compulsión social y política sea un capricho antiliberal del momento, sino que es fruto de algo que cualquier experto en teoría de la comunicación audiovisual nos explicaría bien: la televisión —sobre todo cuando ha perdido los pudores— coloca en la mesa familiar del almuerzo o de la cena a las víctimas desgarradas en sus carnes por el efecto de una bomba. Lo que naturalmente genera constantes impulsos a favor de las víctimas, y eso vale más que una campaña bien orquestada por un grupo de profesores de derecho penal. No es fácil controlar a los medios —y me-

nos a las que trocean a las víctimas de ese modo—, pero esa presentación en vivo y en directo del horror ha generado una tensión social de rechazo de la criminalidad, de solidaridad ciega con las víctimas, una exigencia al Estado de tutela total, y, a su vez, una ausencia total de recelo frente al Estado.

Esos efectos de los medios y modos de comunicación modernos son elementos de la realidad que los penalistas debemos tener en cuenta para hacer frente a los reclamos de la inocuización, para hacer frente a políticas criminales de telediarlo, de derecho penal puramente simbólico y, también, para evitar el recurso atolondrado a recursos taumatúrgicos modernos. Así, por ejemplo, en el espacio político francés se han “descubierto” las nuevas tecnologías, y se ha pretendido disponer el uso de pulseras de control telemático para que sean sometidos a ellas miles de personas condenadas. Cuando los pocos especialistas en el asunto saben que esos medios de control solamente se pueden aplicar con éxito sobre aquéllos que están dispuestos a no soltar la pulsera al menor descuido.<sup>14</sup>

Todo lo expuesto forma parte de nuestro mundo moderno. El Estado tiene que garantizar a la sociedad, sacudida por el impacto de los medios, que hace algo. Lo que hay que procurar es que haga las menores barbaridades posibles, y los penalistas debemos de comunicar a la sociedad que el Estado lo hace con los costos sociales menos elevados. Pero en todo caso, lo que no nos podemos permitir los penalistas es que haya en las normas penales espacios en los que la víctima no esté protegida, debiendo estarlo.

## X. UNA OPINIÓN PÚBLICA MUNDIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En realidad todo lo que enuncio como novedades del derecho penal no es más que una parte del cambio del paisaje global de nuestro mundo cultural —que se sabe muy bien donde empieza, pero no se sabe exactamente donde termina— que tiene aspectos jurídicos, como los que he mencionado, así como políticos y económicos. Los económicos y los criminales son los más determinantes. De todo este cambio de paisaje, hay algo que me gustaría destacar en esta aproximación a los elementos más sobresalientes de lo nuevo, pero consolidado de este cambio de paisaje.

<sup>14</sup> Para un informe con referencias, véase Levi, René, “Le placement sur surveillance: Bilan de la phase de expérimentation”, *Question pénales*, junio de 2003, en [www.ces-dip.org/publication/questions\\_penales](http://www.ces-dip.org/publication/questions_penales).

Lo primero es que se puede afirmar que hoy existe claramente una opinión pública mundial; que existe cierta sensación de ciudadanía de mundo; que esa idea de las cosas del mundo estaba limitada, hasta hace muy poco tiempo, a los dirigentes de los países, que eran prácticamente los únicos que tenían información, y a una serie de pervertidos intelectuales que leían periódicos de otros países y en otras lenguas.

Así lo hemos podido percibir desde varios casos penales por excelencia, como el genocidio en Yugoslavia, el caso Pinochet y, especialmente, el caso de la guerra de Irak o, mejor, el caso de las tres consecuencias básicas que aquí interesan de la guerra de Irak: concepto de guerra de agresión, Guantánamo, cárceles secretas y tortura. Hay una opinión pública mundial fundada en los medios de comunicación tradicionales, que hacen, incluso, páginas completas en ambos lados del océano, el mismo día y en el mismo momento; las televisiones que emiten en directo desde cualquier punto del mundo y hacia cualquier lugar, y por la forma de comunicación de Internet. Esto es lo que ha hecho posible la generación de una opinión pública mundial, y está perfectamente calibrada en la oposición a la guerra de Irak II.

Eso es un hecho de la realidad y es un dato al que los penalistas amantes del progreso tenemos que prestar atención por las cosas que se irán diciendo y con las que intentaré concluir. A la opinión pública mundial pertenece la idea de que se ha acabado la impunidad para los dictadores. Lo proclamó con claridad y con alcance, que sin duda superaría la visión de sus jueces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú, en 2001.<sup>15</sup> Esto no sé si es bueno o malo para los países que están saliendo, en este momento, de las dictaduras, o deban de salir, pero, desde luego, para los que estén pensando en adentrarse en una, tienen bien claro que está garantizado que no hay impunidad. Y en eso, el caso Pinochet, aunque parezca que no termina nunca, es el elemento que consagra socialmente esa idea, sobre todo en el mundo iberoamericano. Pero lo tenemos también en todo el asunto de

<sup>15</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos-Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, especialmente la aportación de Saavedra, Pablo, "La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias", pp. 385 y ss.

Yugoslavia, y aunque los serbios sigan sin entregar a uno o a otro, todo el mundo sabe que, al menos, por los hechos del presente no hay impunidad.

Pertenece, pues, a la idea de la opinión pública contemporánea, por lo tanto, además de esa exclusión general de la impunidad, la invalidez de las leyes de “punto final”, las autoamnistías, incluso asuntos tan complejos como internos, como puede ser el caso alemán de los soldados que disparaban a los que huían de sus gobernantes saltando el muro. Ni esos pueden estar seguros —mucho menos los que los mandan— de tener garantizada la impunidad.

Es difícil medir *cum granus salis*, pero creo que el factor de más fuerza en el establecimiento de la no impunidad lo ha desarrollado en el tiempo contemporáneo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo que se ha ganado con creces su futuro. En definitiva, estamos en la gran oportunidad de la consolidación de la conciencia de la antijuricidad respecto de los crímenes más graves.