

JUSTICIA PENAL DESDE LA GLOBALIZACIÓN Y LA
POSTMODERNIDAD HASTA LA NEOMODERNIDAD

CRIMINAL JUSTICE FROM GLOBALIZATION AND POSTMODERNITY
UNTIL NEOMODERNITY

Rev. Boliv. de Derecho N° 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 20-53



Silvia
BARONA
VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de junio de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Desde la Modernidad, etapa de esperanza, de garantías, de conquistas, de fortalecimiento del Estado y de un protagonismo en materia de Justicia, hemos ido evolucionando con una gran dosis de eficiencia –fruto de la globalización- de desencanto, desilusión y recelos hacia “el otro” –fruto de la postmodernidad- pareciendo avizorarse una nueva etapa, la neomodernidad, que debe retornar a los valores de respeto y defensa de las personas, a la minimización del expansivo sistema penal fruto de un periodo regresivo de derechos y garantías, para volver la mirada a las personas, al otro, al reconocimiento de los demás, lo que exige, también en materia de Justicia, mucha empatía, mucha solidaridad y mucha renuncia. En esta etapa de la neomodernidad debe estar presente la lucha contra el inmovilismo y la búsqueda y retorno a la persona, como eje del ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Justicia penal posmoderna; globalización; justicia penal neomoderna.

ABSTRACT: The age of Modernity has widely been considered an age of confidence, guarantees and social conquests. Also, it is an age for the strengthening of the State and, consequently, of its leading role in the area of Justice. However, the situation has evolved steadily in recent times. The quest for efficiency –very much linked to the phenomenon of globalization- in the framework of a society growingly characterized by a mix of negative ideas and feelings -disenchantment, disappointment, distrust towards “the other”- which are direct consequence of postmodernity is taking us to the new stage of neo-modernity, an age of hope. This stage should mean the return to former values and principles. It should give place to the respect and protection of the people and to the recognition of their human being condition and rights. This will have, for sure, an impact in the area of Justice. A lot of empathy, a lot of solidarity and giving up will be necessary to reach the goals of neo-modernity. In this new era of neo-modernity the fight against immobility and the search and return to the person must be present as axis on which the legal system stands.

KEY WORDS: Posmodern criminal justice; globalization; neomodern criminal justice.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL EN LA MODERNIDAD. DE DÓNDE PARTIMOS.- 1. De la modernidad.- 2.- El pensamiento jurídico moderno y su incidencia en la Justicia penal.- II. GLOBALIZACIÓN Y POSTMODERNIDAD.- 1.- Breves referencias a la globalización y al neoliberalismo; 2.- El desencanto individual y social y la aparición de la postmodernidad.- III. RASGOS DE LA JUSTICIA PENAL DESDE LA GLOBALIZACIÓN Y EN LA POSTMODERNIDAD.- 1. Expansión del Derecho Penal y el Derecho Penal simbólico.- 2.- Liquidez y liquidación en el proceso penal.- IV. Y LLEGÓ LA NEOMODERNIDAD. ¿Y AHORA QUÉ?. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL EN LA MODERNIDAD. DE DÓNDE PARTIMOS

Para referirnos a los rasgos que en la actualidad caracterizan la Justicia Penal de la etapa histórica en la que nos encontramos, la neomodernidad, y a la evolución social, política, económica, sociológica y también jurídica, resulta de interés comenzar con los postulados de lo que supuso la consagración de la Justicia penal en la etapa de la modernidad; un modelo de Justicia penal que vino consagrándose como paradigmático y que ha ido mutándose como consecuencia de un devenir global que fluye a velocidad inusitada y que ha ido diseñando un escenario absolutamente complejo e inquietante, en el que parece encontrar un lugar privilegiado el Código Penal.

I. De la modernidad

Se afirma que la construcción de la modernidad se produjo a partir de los Siglos XIV y XV cuando comenzó a presenciarse el ocaso de la Edad Media, momento transicional que se ubica entre el federalismo y el capitalismo, y en el que, amén de numerosas transformaciones, emerge una nueva clase social, la burguesía, que asumió un rol fundamental en la sociedad del momento, asentándose en un núcleo urbano –la ciudad-, alrededor de la cual se gestó el desarrollo económico, demográfico, político, social y jurídico. Se dice que la Edad Moderna (que comprende desde el descubrimiento de América en 1492 hasta la Revolución francesa en 1789) fue el periodo en el que se gestaron los grandes cimientos del Estado, entendido como estructura política de poder y desde el

• Silvia Barona Vilar

Catedrática de Dº Procesal en la Universitat de Valencia, Doctora honoris causa por la UAGRM (Bolivia), Örebro (Suecia), e Inca Garcilaso (Lima, Perú), además de ser profesora honoraria en la Universidad de Vigo y Miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal; es autora de 20 libros de autoría única, 18 libros como editora y directora, 467 capítulos de libro, más un centenar de artículos de revista (nacionales e internacionales). Dirige el Grupo de Excelencia MedArb (Valencia), ha sido Directora de 18 tesis doctorales, está en posesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, y es Cónsul de la Lonja de Valencia. Correo electrónico: Silvia.Barona@uv.es

que se diseñó un modelo de Justicia propio, paradigmático. Cimientos que fueron consagrados en los siglos XIX y XX con la consolidación de la era contemporánea.

Fue un periodo que presenció en lo político un claro endurecimiento en Europa a través de la aparición del absolutismo y que casó a la perfección con la persecución religiosa propulsada por la Inquisición. Un gran paralelismo Iglesia-Estado favoreció en el seno de la conformación de la Justicia penal la vinculación de la idea de pecado con la de delito, e influyó visiblemente en el *modus operandi* procesal el sistema canónico inquisitivo. Las reacciones contra la represión y los abusos estuvieron presentes, siendo especialmente destacable la figura de Lutero que, por ello, fue excomulgado en 1521, siendo importante por las traducciones de la Biblia del latín al alemán, lo que, gracias a la imprenta, supuso una propagación mayor del protestantismo.

Es por ello que puede afirmarse que la construcción de la modernidad se debió a una ebullición de ideas y pensamientos: el Humanismo, receptor de un movimiento cultural e intelectual vivido especialmente en Francia e Inglaterra desde finales del Siglo XVII, la Ilustración, un momento absolutamente trascendental para el pensamiento, en cuanto suponía el abandono del tiempo en tinieblas vivido por la humanidad en periodos anteriores y especialmente en el Medievo, para favorecer la apertura hacia nuevas ideas en lo económico, en lo político, en el pensamiento, en la ciencia y en lo social, amén de obviamente en lo jurídico. Aparecieron grandes pensadores (John Locke, “padre del liberalismo clásico” y al que se le atribuye una gran participación en la teoría del contrato social, influyendo en Voltaire y Rousseau, o de Hobbes, a través de su gran obra, *Leviathan*, publicada en 1651) y grandes obras que diseñaron el “contrato social”, en el que los ciudadanos ceden parte de su libertad al poder estatal a cambio de la seguridad que ofrece el poder estatal a los ciudadanos. Esta fue una de las grandes ideas que permitieron sostener la evolución hacia una nueva etapa, hacia el modernismo¹. Fueron paulatinamente desapareciendo las monarquías absolutas europeas y generándose el declive de la concepción que había presidido tiempos anteriores del derecho divino de los reyes.

2. El pensamiento jurídico moderno y su incidencia en la Justicia penal

El despotismo ilustrado influyó en la visión del individuo por encima de la colectividad, desvalorizando la fe religiosa, exaltándose la razón humana como elemento nuclear; y proclamando que la educación es el único camino para el progreso humano. Emerge un mundo que se desprendía de supersticiones, de fanatismo y de intolerancia, y al que se incorporaba el método científico y racional,

¹ HUDSON, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Sage Publications, London, 2003, pp. 4-5.

método que necesariamente afectó al Derecho en general y, muy especialmente, al sistema probatorio en materia penal en particular. Es el contexto en el que aparece la noción diversa de Estado. Antes había, pero muy debilitado². El Estado fuerte influyó en la conformación del Derecho y en los modelos procesales y sus protagonistas. En este escenario se concibió el monopolio del Estado de penar y configuró las penas, aflictivas, intimidantes y ejemplarizantes, como una expiación del delito.

Contra la crueldad de las respuestas penales se posicionó César Beccaria (1738-1794), quien publicó *De los delitos y las penas*, combatiéndolas, y propulsando la necesidad de configurar proporcionalidad de las penas en relación con la gravedad de los hechos, la seguridad jurídica y la abolición de la crueldad; y Howard, que publicó *The states of prison of England and Wales* (considerado el evangelio de la reforma penitenciaria), exponiendo la terrible situación en la que se encontraban las prisiones.

En ese escenario hay un retrato innegable: Durante los Siglos XVI, XVII y XVIII se consagra ese modelo vinculado al aparato público, al Estado, y uno de sus elementos, la ley, lo favorece. Los Estados elaboran sus propias leyes, configuran las normas de sus propios procesos y deciden la forma y magnitud de la respuesta a las conductas que consideran las más reprochables socialmente. Esto favorece la aparición de lo que Sbriccoli denominó la justicia hegemónica³, o lo que denominamos nosotros el *paradigma de justicia*. Se aprueban las leyes nacionales, y entre ellas las que regulan el nuevo modelo de justicia penal, sus estructuras, sus instituciones y sus protagonistas. Y un dato esencial es la codificación napoleónica, y la configuración del modelo procesal penal mixto (elementos del viejo sistema francés con algunas manifestaciones positivas del sistema inglés)⁴: una fase previa al juicio, de instrucción y de naturaleza inquisitiva, dirigida por el *juge d'instruction*, y una segunda, el juicio adversarial ante un tribunal diverso que no había tomado parte en la investigación y que, en los supuestos graves, actuaba bajo la forma del Jurado. La influencia de este Código francés fue tremenda, dado que el derecho napoleónico se aplicaba en los territorios conquistados, sin que la liberación de los invasores franceses supusiera la rehabilitación de las normas anteriores.

2 Sobre estas cuestiones puede verse BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; así como BARONA VILAR, S.: *Justicia penal, globalización y digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

3 SBRICCOLI, M.: "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale", en AA.VV.: *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit* (dir. BELLARBA, M.; SCHWERHOFF, G.; ZORZI, A.), Bologna, Ed. Società editrice il Mulino, y Berlin, Ed. Duncker&Humblot, 2001, pp. 361-362.

4 ESMEN, A.: *History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France*, 1968, pp. 323, 393.

Ahora bien, el modelo de justicia penal hegemónica se confecciona sobre la base de dos elementos: por un lado, la visión paternalista y ética del Derecho Penal; y, por otro, el proceso penal, impregnado de la idea de orden público y de una construcción del mismo *desde y hacia* lo público. Se trataba de evitar un proceso penal represivo, cruel, irracional e injusto, que generaba inseguridad jurídica. Acentuaron la función del proceso penal no como instrumento de penar, sino como medio de defensa de los individuos frente al poder punitivo del Estado⁵.

En suma, la modernidad configuró un modelo paradigmático de Justicia penal que se basó en los siguientes rasgos⁶:

1. El Estado asume el papel protagónico en la Justicia. Estado entendido como Estado-nación consolidado en un territorio, con una estructura administrativa, unos poderes y una posición internacional determinada.

2. Las constituciones modernas supusieron un impulso para el reconocimiento de derechos, que comportaban el reconocimiento de valores esenciales en un estado social y democrático de derecho como la igualdad, la proclamación de todos como *ciudadanos con derecho a tener derechos*, como señalaba Hannah Arendt⁷, el reconocimiento constitucional a la tutela, que, por otra parte, se despliega en las leyes ordinarias a través de mecanismos para hacer realidad aquéllos, regulando medios, límites, sujetos, formas, tiempos, y sanciones por incumplimiento o extralimitación que, indudablemente, van a tejer ese paradigma de Justicia que se identifica con el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía del *Access to Justice*, el derecho al *due process*, etc.

3. El Derecho Penal se justifica desde el equilibrio que debe existir en la prevalencia de unos derechos sobre otros, lo que vendrá a justificarse en el fundamento del *ius puniendi* estatal, o lo que es lo mismo vendrá consolidado por las funciones que puedan atribuirse a la pena y por la concurrencia de unas bases o principios que deberán respetarse: el principio de legalidad, el principio de responsabilidad penal o de culpabilidad (principio de personalidad, principio del acto, dolo o culpa y el principio de imputación personal), principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos (para que una conducta determinada se configure como delito, primero debe existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido), principio de subsidiariedad o lo que es lo mismo la consideración del Derecho Penal como la *ultima ratio*, principio de proporcionalidad de la pena, la

5 ALONSO ROMERO, M.P.: *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 323.

6 BARONA VILAR, S.: "Justicia integral y *Access to Justice*. Crisis y evolución del *paradigma*", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (coord. BARONA VILAR, S.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

7 ARENDT, H.: *The Origins of Totalitarianism*, Schocken Books, New York, 2004, p. 372; y también *Men in dark times*, New York, 1968, p. 81.

prohibición de la analogía en materia penal, el principio de igualdad de trato y la necesaria consideración de la humanidad de las penas.

Todos estos principios destilan grandes dosis de ideología, y, por ende, el modelo de Estado que se tenga va a ejercer un enorme papel en el modelo de Justicia penal. Un modelo con un Derecho Penal codificado y con una estructura y un instrumento para su aplicación al caso concreto que también están codificados, a saber, se regulan en los códigos procesales penales y en las leyes orgánicas del poder judicial las estructuras de tutela a través de la organización jurisdiccional, así como el proceso y sus garantías –algunas de las cuales también se encuentran en el texto constitucional, la Carta magna política del Estado-.

4. El modelo procesal penal, los protagonistas en la persecución del hecho, los jueces y magistrados y sus garantías para serlo, el o los procedimientos que se regulan en la norma procesal, las partes del proceso, la actividad probatoria, y un largo etcétera, se integran en las normas procesales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva penal. Se fue abandonando la vinculación de la culpabilidad o no del acusado con Dios, dándose paso a la naturalización del proceso penal como un instrumento para determinar si se cometió el hecho y si existe un culpable al que aplicar la pena, empero también ofrecer un cauce de garantías para quien no es culpable de los hechos, fruto de una función deductiva que debía realizar el juez en la sentencia. Se conformaron los principios del sistema procesal penal, la oralidad, el principio de oficialidad y el ejercicio de la acción se incorporaron, con dos ideas esenciales: la finalidad del proceso penal de condenar y penar a quien es culpable, pero también la de proteger a quien es inocente⁸. Y con todo, el proceso se equilibró entre los dos pilares de seguridad y libertad. Por un lado, el proceso es permeable a la necesidad de garantizar la seguridad, la defensa de los intereses públicos, que llevan a que se persiga aquellos comportamientos que quiebran las reglas sociales; si bien, por otro, el respeto a la libertad exige la debida protección de quien se enfrenta en un proceso a la sociedad, garantizándole sus derechos de defensa y la tutela judicial efectiva. El proceso comenzaba a convertirse en un derecho de los ciudadanos, los imputados dejaban de estar “cosificados” - se convertían en sujetos con garantías y derechos-, y se abandonaba la consideración del proceso como un medio para el ejercicio de la represión y la venganza social (o política).

Con todo, la Justicia penal se construye desde una visión protectora del Estado, consecuencia evolutiva del originario pensamiento político de la Revolución francesa, y del pensamiento social asentado en el Siglo XX. El modelo paradigmático de Justicia penal a lo largo del Siglo XX fue aquel en el que se había obtenido,

8 IGNOR, A.: *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Ferdinand Schöningh ed, Paderborn, 2002, p. 27.

alcanzado y superado un modelo autoritario, inquisitivo y patriarcal, para dar paso a una noción de Justicia en la que los ciudadanos jugaban el rol nuclear de la tutela. El Estado asumía los costos de la Justicia como derecho fundamental y el objetivo político de mejorarla, favorecerla, renovarla y garantizarla a todos por igual. Una Justicia asentada en la concepción social de *Access to Justice*, propia del momento histórico-político que se vivió.

II. GLOBALIZACIÓN Y POSTMODERNIDAD

Podemos considerar que desde las últimas décadas del Siglo pasado y en el desarrollo de más de tres lustros en el Siglo XXI hemos ido presenciando la conformación de una nueva era. Esta nueva etapa ha venido influida –ora como evolución ora como reacción– por la consolidación agresiva del capitalismo, por los imparable avances tecnológicos y por la necesidad de expansión del flujo comercial mundial. Esa nueva etapa es la era de la globalización. Una etapa de la Historia con valores nuevos (eficacia y eficiencia se maximizan), con protagonistas nuevos fruto de los flujos económicos, las inversiones, el consumo, el poder de los *lobbies* económicos y los *holdings* financieros y bancarios, y con una incidencia en el sistema jurídico innegable, en el que aparece la impronta de la *soft law* y su aceptación en la mayor parte de los países. El resultado es indiscutible: la economía ha engullido a la política o, dicho de otro modo, el “mercado” sustituye al “Estado”. El Derecho se armoniza, los protagonistas cambian, los ordenamientos jurídicos se integran de forma multinivel, manteniéndose las normas nacionales, las normas supranacionales y las normas internacionales. Y esto, cada vez más, afecta, alcanza no solo al mundo de la Justicia civil⁹, sino también de la Justicia penal.

I. Breves referencias a la globalización y al neoliberalismo

La globalización no es un fenómeno estanco, que surge de forma espontánea y sin justificación, sino que es consecuencia de una sucesión de acontecimientos provenientes del pasado, con dimensiones individuales y sociales, que han ido propiciando una transformación de la vida, de la sociedad, de la economía, de los medios, los valores, la política y también el Derecho.

En la globalización convergen el modelo económico neoliberal, que ofrece un nuevo modelo no solo económico, sino un nuevo rol del Estado (¿residual, minimalista?), y que propicia unas políticas económicas supranacionales e internacionales, con un modelo jurídico que transforma el papel de sus protagonistas, apareciendo “otros” que asumen un rol decisor en las políticas económicas, sociales y jurídicas, y los mecanismos de intervención de los mismos,

9 Puede verse, BARONA VILAR, S.: “Retrato de la Justicia civil en el Siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018, pp. 416-446.

presentando un mundo cambiado y cambiante. En suma, un pensamiento diverso, un pensamiento económico neoliberal como corriente económica y también política capitalista, que esencialmente defiende una extensa liberalización de la economía y el libre comercio, anudados a un necesario decrecimiento del gasto público y una minimización de la intervención del Estado en la economía. Es un pensamiento económico que supera el liberalismo –en eso todos están de acuerdo–, aun cuando no existe posición unánime a la hora de formular una definición exacta y con unas coordenadas aceptadas del mismo¹⁰. Sí se percibe que encontró sólidos cimientos para su justificación en la crisis y hundimiento económico de la década de los años treinta –probablemente su germen se encuentra en ese momento–, si bien fue posteriormente vinculado esencialmente a la Escuela de Chicago (Friedrich von Hayek); una escuela que se centraba fundamentalmente en la reducción de la intervención estatal en la economía, un freno al poder económico y político del sindicalismo y la construcción de un modelo de economía individualista y de competencia, abandonando la colaboración y comunitarismo económico.

Si el protagonismo del Estado había sido remacable en la construcción de la modernidad, el pensamiento neoliberal de la globalización propicia una mutación del Estado, que paulatinamente viene asumiendo el *modus operandi* de la empresa privada, esto es, dirigido a la maximización y optimización de beneficios¹¹, lo que aboca en una clara demolición de las conquistas sociales. Cada vez más los gobiernos de los Estados comparten protagonismo con otros actores con un papel fundamental en el mundo global, las organizaciones internacionales y los organismos interregionales, que operan en diversos ámbitos y con instituciones con capacidad decisoria supranacional. Se ha roto el esquema Estado-nación-soberanía-decisión, de modo que ha florecido una suerte de institucionalización de la política global. Estas transformaciones económicas, políticas y sociales no solo presentan un escenario mundial diverso, sino que han inspirado reformas administrativas, institucionales, valores y una nueva cultura jurídica. De ahí que Friedman afirmara: “la convergencia refleja la independencia económica; pero algo más...la cultura jurídica difícilmente puede permanecer inmune. Cuando las sociedades tienen experiencias similares y están expuestas a un mundo único de transportes y comunicaciones, sus sistemas jurídicos también, necesariamente se aproximan unos a otros”¹².

10 Se dice que la denominación “neoliberalismo” se debe al alemán Alexander Rüstow, que lo empleó en un coloquio realizado en 1938. En ese momento la concepción neoliberal implicaba la intervención del Estado, si bien éste es el que debía dar prioridad al sistema de precios, al libre emprendimiento y la libre empresa, pero desde y con el Estado. Se entendía en ese momento que el liberalismo había fracasado y había de asumir políticas públicas que lo superaren para evitar otra situación como la producida en la Gran depresión.

11 HOBBSBAWM, E.J.E.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, Barcelona, Ed. Crítica, 2007, p. 134.

12 FRIEDMAN, M.: *Is There a Modern legal Culture?*, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 3, núm. 2, 1994, p. 126.

Esto no significa que el derecho nacional haya desaparecido por la aparición-sustitución de un sistema jurídico supranacional (al menos no todavía), sino que se armonizan o integran (que en ciertos casos es una fagotización, debido al imperialismo legal que indudablemente existe), en aras de una aproximación que favorezca el tráfico económico y la seguridad jurídica global. Prueba de ello hemos asistido a una actividad irrefrenable por parte de los legisladores nacionales – cambios que formaban y forman parte de la hoja de ruta de los políticos- que nos han llevado a legislaciones de emergencia, a una permanente irreflexión previa, y que convive en determinados sectores con una suerte de desregularización o de *soft law* exigida desde instancias supranacionales y a las que quedan sometidos los Estados; un precio que en muchas ocasiones viene exigido en aras de la economía internacional. Todo se mide desde parámetros económicos de *eficacia* y *eficiencia*. Y, por otro lado, ha supuesto la aparición del pensamiento “neoliberal”, que inspira todas las políticas públicas, tanto las económicas como las sociales¹³ y, por supuesto, incorpora también enormes incertidumbres en materia de Justicia.

Paralelamente la complejidad social, el desconcierto, el desencanto y la reducción o minimización de las políticas sociales propulsa un aumento de la criminalidad y una política criminal mucho más involucionista y endurecida, como lo muestra la aparición de penas ya prácticamente restringidas (como la pena de muerte o la cadena perpetua), se alargan las penas privativas de libertad, se limitan las posibilidades de sustitución de éstas por otras, y se interviene mediante medidas de seguridad basadas en el ominipresente principio precautorio o de prevención maximalista. Y paralelamente los medios técnicos y tecnológicos permiten *mantener a los ciudadanos sometidos a una vigilancia constante –con cámaras en lugares públicos, escuchas telefónicas, acceso a datos personales y a ordenadores, etc-; todo ello, lejos de favorecer la consolidación del Estado y el respeto a sus normas, ha propiciado una auténtica, palmaria e indiscutible pérdida de las libertades de los ciudadanos*¹⁴.

Ahora bien, conectado todo ello con la idea anterior de que el neoliberalismo no es uniforme sino que propicia diversas corrientes, desde las que se aboga por la reducción del papel del Estado en la vida pública, destaca la corriente del Ordoliberalismo, que considera que el Estado no debe reducir la actividad, sino su autoridad, tal como defiende el padre de esta corriente Walter Eucken¹⁵, que defendía la interdependencia entre el Estado y el orden económico, el principio de la *Interdependenz der Ordnungen*, de modo que sin un sistema de libre

13 Es por ello que algunos autores le denominan como “economización de lo social” (*Ökonomisierung des Sozialen*). Puede verse, ROSE, N.: “Tod des Sozialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens”, AA.VV.: *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen* (coord. BRÖCKLING, KRASMANN Y LEMKE) Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 72-109.

14 HOBBSAWM, E.J.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, cit., pp. 49-50.

15 EUCKEN, W.: *Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960, p. 303.

competencia no puede surgir ningún Estado funcionalmente capaz y sin un Estado funcionalmente capaz no puede existir competencia. O lo que es lo mismo, se necesita del Estado, de su “hacer”, incluso para “dejar de hacer lo que se estaba haciendo” o “hacerlo de manera diversa”, esto es, no actúa desde un “no hacer” en el campo político, social y económico, sino que “hace”, pero lo que hace es por aplicación mimética de la “tiranía del mercado” que le obliga a hacer, pierde su autoridad, pero se requiere de su actividad.

En suma, el rol del Estado va a ser un eje fundamental de la ideología neoliberal. Hay quien defiende un *residualstaat*¹⁶ y hay quien habla del Estado *atópico*¹⁷. Un Estado con una pírrica fuerza, que cede ante el dominio del mercado y ante instancias supranacionales e internacionales que han mermado su capacidad decisoria. Ahora bien, se ha convertido en pieza central y eje necesario para alcanzar los objetivos neoliberales. La posición del Estado en la sociedad global no lo es solo a efectos políticos, que también, sino que se manifiesta claramente en las consecuencias de su mayor o menos intervención en la configuración y organización del Derecho y del ordenamiento jurídico. Lógicamente, el papel del Estado en el Derecho es absolutamente necesario.

2. El desencanto individual y social y la aparición de la postmodernidad

Fue considerándose que la modernidad había finalizado o que la evolución anterior implicaba una nueva etapa de la Historia, algo en lo que no ha existido unanimidad. Para unos la modernidad había muerto, y estábamos ante la postmodernidad; para otros, la situación de la modernidad inacabada es lo que llevaba a esa consideración de periodo de modernidad tardía. Ahora bien, ciertamente la sociedad occidental fue presentando paulatinamente síntomas de decadencia; una decadencia que ha propulsado una crisis de la modernidad. Y en esa crisis un dato fundamental: el cambio de los operadores políticos y sociales y en ellos la transformación del papel del Estado a medida que fue avanzando el Siglo XX y nos adentramos en el Siglo XXI. En suma, un cambio de protagonistas y, sobre todo, de las funciones que éstos asumen en la nueva sociedad.

Comienza a surgir una visión crítica de la modernidad; una visión que se asumió por una corriente denominada postmodernidad, desde la cual se defendía que el modelo de sociedad de la ilustración se había agotado¹⁸ y que el capitalismo al

16 BIEBRICHER, TH.: “Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde”, en AA.VV.: *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, p. 9.

17 Sobre el concepto de “atopia” aplicado a la consideración de sociedad atópica puede verse WILKE, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt, 2001, quien construye el concepto desde su consideración de la “deconstrucción de la utopía”, pp. 7 a 62. El sentido y significado de Estado atópico a nuestro parecer puede casar muy bien con lo expuesto sobre el Estado minimizado, residual pero Estado a la postre que no desaparece pero que queda claramente “deubicado” o “deslocalizado” (sin lugar), significado que tiene el término griego *atopia*.

18 LEFEBRE, H.: *Introducción a la modernidad*, Tecnos, Madrid, 1971.

que se había visto abocada la sociedad había pervertido el discurso ético y político de la sociedad ilustrada, en aras de una preponderante inspiración económica en todos los ámbitos de la vida, en lo personal y en lo social. Y especialmente habían venido favoreciendo la sobrevaloración de lo efímero, de lo estético en derecho, la era de lo que Lipovetsky denominó como “del vacío”¹⁹”, o si cabe de lo cosmético y nihilista.

En este periodo hay un dato importante que lo caracteriza: el valor de lo cultural en la sociedad, así como la propulsión de la intelectualidad. Se favoreció el acceso a la cultura, a la formación, a la Universidad y cambiaron los parámetros de actuación de la transmisión de todo ello. Tan es así que la simbiosis del neoliberalismo económico y los valores de la globalización se anudaron a esa nueva visión posmoderna, especialmente favorecida por los medios masivos de difusión, los grandes monopolios de la información, el Internet y cuantos espacios virtuales permiten acabar con fronteras, con barreras, en gran medida inspirados y perfumados desde la lógica del mercado, el favorecimiento de la competencia y del consumo y con ello la conversión de la cultura en una industria, tal como exponía Habermas²⁰. Un camino favorecido por la ideología neoliberal propulsada por el fenómeno de la globalización, pero que desencadenó igualmente un desencanto, que tan bien supieron exponer los grandes pensadores de la Escuela de Frankfurt. Algunos de ellos vinieron a defender la necesidad del resurgimiento del bien común.

Así, hablar de postmodernidad nos lleva a vincularla a un grupo académico que se gestó a partir del año 1923; fecha en la que se creó en Frankfurt el denominado Instituto para la Investigación Social, creado por la Universidad de Frankfurt, a partir del cual comenzó a formularse el pensamiento postmoderno en la denominada *Escuela de Frankfurt*²¹. Una visión crítica en sus trabajos, una presentación de la decadencia social de la modernidad, una elaboración de una teoría crítica del marxismo, hicieron del grupo de autores que en ella se implicaron el punto de partida de la corriente postmoderna. En unos casos, justificándolo, y en otros, desde una posición crítica ante esta sociedad en movimiento. Especialmente críticos se mostraron frente a temas como la politización de la ley penal, la inflación penal, contra el derecho penal simbólico y el derecho penal de riesgo, contra la flexibilidad de las viejas categorías de la causalidad, de hecho, de la culpa, y muy especialmente contra el abuso de la prevención en el derecho penal, al considerar que el paradigma preventivo introduce el derecho penal en un sistema de producción y conservación de la seguridad, reduciéndolo a un instrumento del

19 LIPOVETSKY, G.: *L'ère du vide- Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, FolioEssais, 1989.

20 HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Barcelona, Taurus, 1991.

21 Son numerosos los miembros de la misma, destacando a estos efectos Wolfgang Naucke, Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen, Cornelius Prittwitz, Ulfrid Neumann, Felix Herzog, P.A. Albrecht, etc.

riesgo, eliminándose de este modo las diferencias entre culpabilidad y peligrosidad y entre derecho penal y derecho procesal²².

En suma, se identifica la postmodernidad con la idea del desencanto, la renuncia a las utopías y, en suma, se ve como una suerte de negación de la modernidad, que si bien para unos, es algo así como la necesidad de la destrucción de cuanto supuso la modernidad, para otros, de lo que se trata es de replantear el proyecto de la modernidad, como sostiene Habermas: “la modernidad representa una exaltación del presente, una aceleración en la historia y una discontinuidad en la vida cotidiana” y continua... “El proyecto de la modernidad fue el de aprovechar el desarrollo de las esferas de la ciencia, de la moralidad y del arte en beneficio de la humanidad”. Habermas sostiene que la modernidad es un “proyecto inacabado”²³.

Desde la visión postmoderna, aun cuando ésta no lo sea unidimensional, se consideran como notas propias de la sociedad postmoderna: el objetivo primordial es la producción y el consumo, el culto a la ironía, el desorden, el relativismo, la búsqueda de lo lúdico, alejamiento de la actitud existencial, la búsqueda del parecer y no del ser, con dosis de desencanto, deslegitimación y deconstrucción; y con una masiva información que favorece relaciones e intercambios a todos los niveles (personal, comercial, político, cultural, etc), amén de potenciar hasta la extenuación el elemento “consumo”, la oferta consumista, la incorporación del sujeto “consumidor”, la propaganda que lo favorece, etc. Se muestra un mundo cosmético, efímero, líquido, vacío, ofreciéndose un buen germen para que triunfe el proyecto económico del pensamiento neoliberal en el que es el mercado el que se erige como el elemento nuclear que puede llegar a conducir a la sociedad, por seducción.

Las consecuencias derivadas de este pensamiento son más que evidentes: cada vez mayor desigualdad, los ricos son más ricos y los pobres, más pobres, se camina irreparablemente hacia una desaparición de la clase media, y con ello se va truncando lenta, pero imparablemente, el ideario liberal moderno de la libertad, la igualdad y la fraternidad. Se maximiza el imperio económico de unos pocos, en detrimento de los valores sociales y de la justicia, la igualdad y la identidad de los pueblos. Y todo ello se une a una excesiva información, alguna contrastada, y la mayoría no contrastada, pero valorada por su naturaleza de instantaneidad o transmisión en tiempo real. Se vive una sociedad sin líderes, con una desvalorización de la política, pérdida de poder de las grandes Iglesias y crecimiento de las Iglesias cercanas, con grandes oradores que se aproximan a quienes necesitan ser escuchados. Se ha perdido el derecho a la intimidad, y la

22 HASSEMER, W.: “Sicherheit durch Strafrecht”, en *Straverteidiger*, 2006, pp. 321 y ss.

23 HABERMAS, J.: “Modernity: An Unfinished Project: lecture on receiving the Adorno Prize, Frankfurt, Septiembre 1980”, en AA.VV: *Habermas and the Unfinished Project of Modernity* (COORD. P. D'ENTREVES; S. BENHABIB), Cambridge, Polity Press, 1996.

vida de los otros se nos muestra diariamente como el *Show* de Truman, jugando un papel trascendental e imprescindible las redes sociales (quien no está en las redes sociales no está en el mundo) y por supuesto algunos canales de televisión. En suma, desencanto, melancolía por la pérdida de sensibilidad hacia el ser humano y por presenciar un nuevo orden mundial, en el que el fanatismo, la xenofobia, la islamofobia, la aporofobia²⁴ van calando en la población, radicalizándose posturas y defendiendo un abismo cada vez mayor entre el primer mundo y los que no lo son, entre los ricos y los pobres.

III. RASGOS DE LA JUSTICIA PENAL DESDE LA GLOBALIZACIÓN Y EN LA POSTMODERNIDAD

En esta sociedad global y postmoderna la Justicia penal asume un rol protagónico. Y presenta un escenario en sede penal y procesal penal bien diverso.

I. Expansión del Derecho Penal y el Derecho Penal simbólico

Una sociedad compleja arrastra una criminalidad más compleja²⁵. Las respuestas se han endurecido globalmente, con un avance hacia el *más y más derecho penal*, más expansión y más derecho penal simbólico, empapando a la sociedad de una idea de que el derecho penal es un *sanatorio*²⁶, y frustrando las expectativas de quienes siguen viendo más violencia, más delitos, más inseguridad, más miedo y más segregación.

Y ello por cuanto hemos ido fomentando el peor miedo que podemos sentir, que es el vivir en una sociedad del miedo a la gente²⁷. Y en ese escenario, hemos construido un nuevo paisaje de la Justicia penal en la que se ha magnificado la idea de seguridad y tras ella, cada vez más control, más represión, más regresión del Derecho Penal. Un Derecho Penal paradójicamente con menos dosis de Estado y cada vez más Derecho Penal "gendarme". La respuesta política es la de más "control"; un control que la sociedad no solo acepta, sino que exige²⁸. Las patologías de la sociedad las hemos trasladado al modelo de Justicia penal²⁹.

24 Término acuñado por CORTINA, A: en su obra *Aporofobia: el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.

25 Puede verse "Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal", *Revista Penal*, La Ley, julio 2008, pp. 126-127. Con anterioridad, SIEBER, U.: "Grenzen des Strafrechts" en ALBRECHT/SIEBER: *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung* Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2004, pp. 35-79.

26 MAIER, J.B.: "Estado democrático de derecho, Derecho Penal y procedimiento penal", en AA.VV.: *¿Tiene un futuro el Derecho penal?* (coord. J.B. MAIER, G. CORDOBA), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2009, pp. 117-122.

27 WILLIAMS, M.C.: "Securitization and the liberalism of fear", 2011, p. 455.

28 GARLAND, D.: *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 172.

29 RODENSTEDT, A.: "Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden", en HÄFELE, J.; SACK, F.; V. EICK, V. y HILLEN, H.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017, p. 111.

Surge lo que Garland denominó la *cultura del control* (especialmente del control del crimen), una cultura en la que el efecto expansivo del control es imparable e insaciable, y que se ha ido modulando en torno a tres conceptos fundamentales: a) la reprogramación del modelo penal del estado del bienestar, aun cuando a nuestro parecer se aproxima más a la “desmantelación” del mismo; b) la aparición de la criminología del control, y c) un estilo económico de razonamiento³⁰.

Presenciamos una serie de componentes propios de la Justicia penal global: la profusa implementación del principio precautorio que permite restringir y condenar, por sí acaso (*if*). Un principio que supone adelantar medidas a la verosímil, aunque incierta, actuación que dañe los bienes colectivos, ante posibles riesgos que afecten a los mismos³¹. Un principio que favorece las estrategias de “expulsión” y de “exclusión”. Paralelamente aparecen conceptos como *Smart city* o de *Green creative city*³², ciudad perfecta, estructurándose la ciudad por clases sociales (urbanizaciones, construcciones), económicas, raciales, etc, un nuevo modelo de sociedad urbana, en las que emergen las manifestaciones de “tolerancia cero”; políticas que se fueron fundamentando en la denominada teoría de los cristales rotos (*Broken Windows*), que se desarrolló en la Universidad de Stanford por Philip Zimardo³³. Se defiende la ley, el orden y la seguridad ciudadana, la *quality of life policing*³⁴, la tranquilidad ciudadana y la paz pública. Como apunta Mir Puig, la búsqueda de la seguridad ciudadana no ha de buscarse por el Derecho Penal, sino a través de una Política social adecuada. Es indudable que es un camino más complejo, más largo, pero también es el único que conduce a soluciones a largo plazo. *No se trata de ponerle un parche doloroso al presente, sino de que el mal de hoy sirva de acicate para construir un futuro mejor*³⁵.

Este paisaje favorece una política criminal “de urgencia”, que inspira los proyectos legislativos, que se asientan en un eje esencial: la neutralización o minimización del riesgo, sirviendo éste como noción técnico-jurídica en la conformación de la culpa, la causalidad, la imputación etc³⁶. Y todo ello ha propiciado una imparable expansión del Derecho Penal, que acoge manifestaciones del derecho penal del

30 GARLAND, D.: *The Culture of Control*, cit., p. 175.

31 FOSTER, C.E.: *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge, CIP, 2011, p. 18.

32 MÜLLER, A.L.: “Green creative City”, Konstanz, UVK, 2013.

33 Explica la denominada *das Disorder-Modell* y sus efectos HÄFELE, J.: “Disorder, (Un)-Sicherheit, (In)-Toleranz”, en HÄFELE, J.; SACK, F.; EICK, V.; HILLEN, H.(coord.): *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017, pp. 193-196.

34 CHAPPELL, A.T.; MONK-TURNER, E.; PAYNE, B.K.: “Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life”, en HOLSINGER, K.; SEXTON, L.: *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, New York, Routledge, 2017, pp. 257-261.

35 MIR PUIG, S.: *Estado, pena y delito*, Ed. B. de F., Montevideo, 2006, p. 52.

36 DONINI, M.: “La sicurezza como orizzonte totalizante del discorso penale”, en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto penale* (coord. DONINI, M. y PAVARINI, M.), Bononia, Uni. Press, 2011, Bolonia, pp. 22-23.

enemigo, con una sublimación de la prevención y la seguridad³⁷, produciéndose adelantamientos a la punibilidad en el derecho material, ampliación de conceptos preventivos de vigilancia, deconstrucción de garantías, la difuminación de categorías jurídicas clásicas y la formación de un nuevo derecho de la seguridad, entre otras. Una clara aceptación del involucionismo penal que debe ponerse en relación con la aparición y difusión, como señala Mir Puig, del neoliberalismo político neoconservador³⁸, con un modelo de control social mucho más duro, bajo el paraguas del discurso político del involucionismo penal y el ultrapunitivismo para acallar la colectividad indignada, las políticas de *tolerancia zero*, que conviven muy bien con la política de las etiquetas de los monstruos³⁹ (terrorista, reincidente, criminal de carrera, depravado sexual, pedófilo, etc), prevaleciendo la idea de que es preferible privar de libertad de por vida a un delincuente conocido, que arriesgar la vida o la propiedad de la víctima inocente⁴⁰. Y así se da paso al derecho penal “simbólico”, que se presenta como instrumento de protección de los bienes jurídicos económicos, no individuales sino colectivos, que pervierte el sistema de justicia penal, contribuyendo al engaño de la sociedad⁴¹. Un engaño que, por otra parte, como apunta Carbonell⁴², solo llevará a la frustración, amén por supuesto de su nueva y mayor deslegitimación, y una consecuencia atroz, cual es la de una evidente trivialización de la libertad.

Todo ello convierte el derecho penal en “derecho de la seguridad”⁴³. Se erosiona el estado de derecho⁴⁴, pasando a convertirse en Estado de prevención⁴⁵, con políticas legislativas de excepción—las leyes del miedo- y una profusa demanda de *securitization*. Hemos asistido a la suspensión de derechos en aras de la “seguridad

37 La constitución de este derecho penal del enemigo es, según HASSEMER, una desviación ilegítima del derecho penal orientado a la prevención (*Die Lehre vom Feindstrafrecht ist der Bastard des präventiven Strafrechts*), en HASSEMER, W.: “Sicherheit durch Strafrecht”, en *Strafverteidiger*, 2006, p. 328.

38 MIR PUIG, S.: “Evoluzione politica e involuzione del diritto penale”, en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale* (coord. STILE, A.M.) Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 118.

39 SIMON, J.: *Governing through Crime*, 2007, cit., p. 77.

40 GARLAND, D.: *The Culture of Control*, cit., p. 192.

41 HASSEMER, W.: “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” (trad. LARRAURI; MAINECKE), ADPCP, 1992, pp. 235 y ss. KUHLEN, L.: “La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (coord. MUÑOZ CONDE, F), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 76, se refiere en esta obra al *derecho penal simbólico-engañoso*, que favorece la manipulación política de la gente.

42 CARBONELL MATEU, J.C.: “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en AA.VV.: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Universidad de Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 19.

43 Puede verse, entre otros, SIEBER, U.: “Der paradigmwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht”, en AA.VV.: *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (dir. TIEDEMANN, SIEBER, STZGER, BURCHARD y BRODOWSKI) Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 351-372.

44 PERSAK, N.: “Using “Quality of Life” to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder”, en *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch* (A.P. SIMESTER, A. DU BOIS-PEDAIN y U. NEUMANN), Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 244.

45 DONINI, M.: “La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale”, en *Sicurezza e Diritto Penale*, (a cura de DONINI, M.; PAVARINI, M. DONINI, M.), Bologna, Bononia University Press, 2011, pp. 14-15.

nacional”, o el “orden público”⁴⁶, la emergencia nacional, y la creciente derogación de derechos de segunda y de tercera generación en aras de la prevención del crimen. Así, el modelo penal del estado del bienestar, proporcionado, *ultima ratio*, garantista, ha cedido ante un modelo neopunitivista, ultrapunitivista, *prima ratio*, limitante de derechos, reductor del proceso, omnipresente, que se mueve, inspira y actúa desde los parámetros de la economía global a la que estamos sometidos y en el que el principio de subsidiariedad penal o de derecho penal mínimo, como apuntaba Ferrajoli⁴⁷, ha muerto. Vivimos una verdadera “inflación” penal⁴⁸, un poder punitivo absoluto, nacional e internacional, una fascinación por el derecho penal⁴⁹, que justifica el castigo como necesidad, en especial para la víctima a la que se exhibe por su dolor, mediatizando la reacción, la fuerza y el castigo. Se han permitido violaciones de derechos de determinadas minorías, justificando el modelo del Derecho Penal preventivo, y de dos velocidades, para los “otros”, mucho más represivo y menos garantista, y para nosotros, más *soft*. Desgraciadamente esto alimenta un “discurso de odio”.

En estos momentos en que hay déficit de legitimación democrática, en que la credibilidad en la justicia penal está bajo mínimos y en el que se presenta la misma difusamente como ineficiente, no podemos ser meros espectadores⁵⁰. Habrá que empezar a luchar contra el “imposibilismo” del cambio, trabajando para recuperar, por un lado, la confianza en quienes son los sujetos de tutela, los ciudadanos, así como las funciones y los límites del derecho penal.

2. Liquidez y liquidación en el proceso penal

El intenso interés de los políticos por el Derecho Penal no es equiparable al que muestran por el proceso penal. Ciertamente que la modernidad insufló al proceso penal de garantías, de derechos, de reconocimientos. Se acabaron los métodos medievales de persecución de hechos reprochables, para incorporar un sistema de garantías⁵¹. Se fue poco a poco consagrando en los textos constitucionales el derecho a la tutela judicial efectiva o el *Access to Justice* y con él, se proclamaban el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al proceso en un plazo razonable, a no confesarse culpable y a guardar silencio, el derecho al proceso con

46 Entendido en el sentido de una regla mínima de pacífica convivencia y de paz social, tal como apunta INSOLERA, G.: “Sicurezza e ordine pubblico”, en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011, p. 203.

47 FERRAJOLI, L.: *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 19.

48 MAIER, J.B.: “Inquisition oder Komposition?”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, ed. Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi/Schünemann, De Gruyter, 2001, p. 1215.

49 MAIER, J.B.: “Estado democrático, Derecho penal y procedimiento penal”, en MAIER/CÓRDOBA: *¿Tiene futuro el Derecho penal?*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2009, p. 117-122.

50 FIORE, C.: “Relazione introduttiva”, en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale* (coord. A. M. STILE) Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011, pp. 46-47.

51 FERRAJOLI, L.: *Il paradigma garantista*, cit., pp. 129.

todas las garantías, e incluso se constitucionalizaban principios como la publicidad, la oralidad, etc. Se fue construyendo el proceso del estado de derecho desde un equilibrio entre la seguridad y la libertad.

Ahora bien, frente al proceso penal de garantías, sólidamente consolidado, la inestabilidad y falta de asideros se han instalado en las múltiples reformas procesales de los últimos tiempos, con carácter global. Se ha ido diseñando un proceso penal cada vez menos garantista, con minimización del proceso, que pasa igualmente por el sacrificio de principios, derechos y garantías en aras de la eficiencia del modelo. O, lo que es lo mismo, para algunos se liquida el proceso penal; para otros, discriminadamente, se aplica otro proceso minimalista y suave, reiterando el criterio de *nosotros y ellos*, de *amigos* y de *enemigos*.

Hemos venido asistiendo a una reducción de la intervención del Estado, mediante la incorporación de modelos multinivel que vienen de la mano de los movimientos interregionales (como sucede con la Unión Europea) o internacionales (por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional). Además, hemos asistido a un reparto de papeles entre los viejos protagonistas del proceso (jueces y fiscales) con un imparable rol de la Policía, que ha venido ocupando espacios importantísimos en la investigación y persecución de hechos delictivos. Su protagonismo viene de la mano de la expansión del derecho penal preventivo, que exige cada vez más investigadores capacitados para hacer frente a la sofisticación de la delincuencia, y a la prevención de la misma, y esto ha modificado las coordenadas del derecho procesal, y sus actores⁵². La policía asume nuevas técnicas de control del sospechoso que afectan a su persona o a sus derechos (por ejemplo, el de comunicación), es agente provocador, emplea bases de datos personales en la investigación, e interviene a través de sus servicios de inteligencia en la actividad de la investigación (terrorismo, cibercriminalidad, bandas organizadas, etc), alterando el equilibrio político-constitucional de los poderes represivos⁵³. Esta situación propicia un nuevo debate sobre las funciones en la investigación de la policía, el fiscal y el juez. Los asideros del sistema de justicia penal actual ya no son los jueces, ni siquiera los fiscales; es la Policía. Y no solo lo son *de facto*, sino que además generan ese sentimiento de “abrigo” en la sociedad que vivimos.

Por su parte ha resurgido la víctima. Su protagonismo es una realidad legislativa innegable. Y no sólo las víctimas directas, sino también las indirectas⁵⁴, e incluso las potenciales. Esa nueva visión ha dado soporte a la aparición de normas en los

52 ORLANDI, R.: “Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte”, en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bologna, Bononia, Uni Press, 2011, pp. 94-95.

53 ORLANDI, R.: “Dialogo”, cit., p. 97.

54 GARLAND, D.: *The Culture of Control*, cit., p. 11. Este autor habla de “retorno” de la víctima.

diversos ordenamientos jurídicos⁵⁵ que, atendiendo a su seguridad, sus miedos, la necesidad de atención que merece, han ido incorporando un tratamiento propio – tanto en sede penal como en sede procesal-, y favoreciendo la toma de decisiones y adopción de medidas pertinentes (pre- e intraprocesalmente). Esta aparición de las víctimas no es neutra. Afecta al proceso penal, a la función del derecho penal y a las decisiones de política criminal. Ahora bien, esa intervención de las víctimas no debe considerarse como una inversión de la función preventiva, general o especial, por la restaurativa, dado que se produciría una quiebra absoluta del sistema de justicia penal de la modernidad, como de hecho está sucediendo en algunos casos. Así, toda cautela es poca. En el debate público se mantiene un discurso pro-víctima, en aras de la adopción de políticas de seguridad, y que emplea el reiterado mensaje de que todos somos potenciales víctimas de los delitos⁵⁶; un mensaje político y público que casa perfectamente con conceptos como la prevención y la seguridad.

Sin embargo, frente al cada vez más rollizo y hermoso derecho penal, el proceso penal se presenta en la hoja de ruta política y legislativa en un segundo nivel, en un segundo plano, juega en segunda división⁵⁷. Hemos asistido a reformas procesales que han incorporado nuevos protagonistas al proceso, nuevos métodos de investigación sofisticados, fruto de los avances de la ciencia, la técnica, la tecnología; normas de discriminación positiva en favor de la mujer (delitos de violencia de género); instrumentos de consenso reductores del proceso, nuevos procedimientos, rápidos, ágiles, incluso similares a la “justicia del mazo” americana, etc. Reformas que venían de la exigencia de adaptación del proceso penal a la sociedad del Siglo XXI, si bien en su mayoría favoreciendo el desequilibrio entre la seguridad y la libertad, a favor de la seguridad, justificado en la agenda política internacional, olvidando que la seguridad no es otra cosa que una libertad equilibrada⁵⁸, y no al revés. Y en suma en la mayor parte de los casos buscando el “menos proceso”. Para ello las normas se suceden de forma inconexa, a toda velocidad, tratando de reducir tiempos de los procedimientos. Hay una lema en todas estas reformas, *la procedura deve avanzare velocemente*⁵⁹.

Para alcanzar este objetivo las técnicas empleadas son de doble naturaleza: reformular los procedimientos existentes y la creación de nuevos, muy abreviados

55 GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Víctima del delito y Europa”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2015, núm. 17; pp. 100-129. Idem, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

56 SIMON, J.: *Governing through Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 110. También, MUÑOZ CONDE, F.: “Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho penal del enemigo””, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 3, 2005.

57 BARONA VILAR, S.: “Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI”, en AA.VV.: *Justicia Civil y Penal en la era global* (coord. S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 48.

58 ALBRECHT, P.A.: *Die vergessene Freiheit*, 2 ed, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 25.

59 NAUCKE, VV.: “La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011, p. 86.

y rápidos, para “ganar” tiempos, si bien alterando o limitando no solo tiempos sino también derechos y garantías. Y para ello se han introducido plurales manifestaciones de la oportunidad: pactos, acuerdos, que favorecen ora los contenidos de las sentencias que deban dictarse, ora las decisiones de archivo, con la aquiescencia de todos los operadores jurídico-penales. Esas salidas del proceso no son sino manifestaciones del principio de oportunidad en materia penal y el fomento de los acuerdos entre acusado (y su defensor) y Fiscalía. Incluso se está incorporando de forma generalizada los métodos restaurativos que permiten conjugar la reparación a las víctimas con la resocialización del imputado y la prevención que favorece a la sociedad.

Ese escenario procesal no se presenta, sin embargo, de forma uniforme sino de dos velocidades, distinguiendo entre *nosotros* y *los otros*. Para unos, los nuestros, aplicamos la minimización procesal, grandes dosis de celeridad, incluso de instantaneidad a través de la permisibilidad de acuerdos, pactos, conformidades, que potencien la reducción del proceso con bonificaciones en la sentencia. Y, paralelamente, para los “otros”, el régimen procesal es diverso: con incomunicaciones en privación de libertad, restricciones en el ejercicio del derecho de defensa, extensión de la duración de la detención o prisión provisional, adopción de medidas preventivas (órdenes de no acudir, de no acercarse, de no salir, etc), cauciones más elevadas, medidas que favorecen la segregación durante la pendencia del proceso, y que tienen igualmente proyección en la sentencia, con sanciones más severas, manteniendo el rigor propio de la pena, cercenando la flexibilidad del régimen penitenciario, entre otras. Se trasgrede el derecho a la presunción de inocencia, máxime cuando lo que prevalece es la amplia proyección del principio *in dubio pro securitate*⁶⁰.

IV. Y LLEGÓ LA NEOMODERNIDAD. Y AHORA QUÉ

Tras el desencanto de la postmodernidad, la crisis económica, el desempleo de los jóvenes, la pérdida de empleo de los adultos, los desahucios, y un largo etcétera abocaban a un frustrante presente y a un desilusionante futuro. La sociedad mostraba el endurecimiento de la mirada humana, la percepción permanente de un constante cambio, el nihilismo y la vacuidad, las grandes diferencias entre los ricos y los pobres, mostraron una sociedad llena de soledades, con enormes dosis de desasosiego y desencanto. Y todo ello, en suma, propiciaba desconfianza y falta de respeto hacia el otro, incredulidad y no respeto de las normas, y, como consecuencia de todo ello, una comunidad de supervivencias individualistas, egoístas, conformistas, amén de la aparición de una profusa criminalidad, nueva criminalidad, mayor criminalidad y más compleja criminalidad.

60 PRITZWITZ, C.: “La concorrenza diseguale tras sicurezza e libertà”, en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011, p. 116.

Poco a poco, sin embargo, la sociedad globalizada, y bajo el paraguas del pensamiento economicista, ha ido tímida pero ya visiblemente evolucionando. Un evento político marco una quiebra en ese desencanto postmoderno fue la llegada a la presidencia de los EEUU de Obama. Una chispa de cambio, de posible transformación, de esperanza hacia una sociedad más solidaria y más justa, se avizoraba en el contexto internacional. Algunos giros sociales y sociológicos parecían presenciar una nueva etapa de la historia, que seguía estructurada e inspirada en los intercambios y flujos económicos, empero con ciertos guiños a algunas conductas más sociales. Todo y que, sin embargo, irrumpían con una enorme fuerza las redes sociales que parecían convertir el mundo en una sociedad global de información. Será muy probablemente éste último el rasgo que va a imperar en la sociedad neomoderna, aquella que ha pretendido rescatar algún componente social e introducirlo en la agresiva sociedad posmoderna neoliberal que se había venido construyendo con la introducción en el planeta de la globalización.

Podríamos, entre otros, fijar desde los estudios sociológicos, una posible radiografía de la sociedad neomoderna, señalando algunos rasgos que permiten retratarla:

1. Por un lado, es absolutamente palmaria la consolidación de la transformación dinámica de la producción capitalista, con ingentes intercambios en los instantáneos intercambios y flujos económicos que se han ido expandiendo sin fronteras, de manera que los grandes volúmenes de tráfico jurídico económico llevan el sello internacional.

2. Conectado con el anterior, ha emergido un nuevo componente social: el consumo de masas, apareciendo las grandes superficies (hipermercados, malls, franquicias, etc). Y con él se diseñan los patrones del consumo, marcan "tendencia", con un sistema logístico de tal envergadura que han ido paulatinamente aniquilando al comercio minorista. Y uno de los factores más destacables es el nivel de adquisición de productos de consumo *on line*, que ofrece soluciones sin límites temporales y con condiciones altamente favorables al consumidor. El reclutamiento de las masas laborales que trabajan en los grandes centros logísticos es el componente del paisaje económico mundial innegable, y que por supuesto se cubre de una disminución proteccionista de derechos y garantías para los que en él se hallan inmersos.

3. Todo lo anterior ha generado un irrefrenable movimiento del culto al edonismo, al cuerpo. Se ha incorporado como elemento de nuestra existencia el deporte, que tiene magníficos aportes para la salud, aun cuando arrastra el componente negativo de ser un desequilibrador del culto a la mente, o o que es lo mismo, se consume ejercicio y deporte en detrimento de la lectura, de la compra de libros y del fomento de la cultura.

4. Unos de los rasgos más destacados y destacable de la neomodernidad es la incorporación en nuestras vidas de las redes sociales. Por un lado, han permitido interconectar las diversas partes del mundo entre sí, si bien ha supuesto la construcción de un mundo sin control de la privacidad. Lo verdaderamente trascendente es estar en el mundo del Facebook, Instagram etc. Exponente de esta sociedad es la proliferación de los *realities* televisivos. Todo ello conecta a la perfección con los rasgos anteriores y genera esa suerte de “masa”, entendida en palabras de Ortega y Gasset como “todo aquel que no se valora a sí mismo por razones especiales, sino que se siente como todo el mundo, y, sin embargo, no se angustia, se siente a sabor al sentirse idéntico a los demás”⁶¹. Lo importante es no ser identitario sino formar parte de esa masa.

Esto se acerca mucho a la aparición de lo que Habermas denominaba como *cultura de masas* (Habermas). Se ha generado una “re-feudalización” de la esfera pública, en la que percibimos las ideas, el pensamiento acrítico, el ocio, el consumo promovido por las nuevas industrias culturales, la publicidad comercial y desde los medios de comunicación nos transforman de público culto en público consumidor de cultura de masas, en público acrítico. No se construye una respuesta individual crítica a la publicidad recibida, y la esfera de lo privado ha sido invadida por los medios de comunicación, las nuevas tecnologías y también (a nuestro parecer) las redes sociales⁶². Al sistema Habermas opone los potenciales de racionalización buena, comunicativa, del mundo de la vida; hay que buscar una salida a la “jaula de hierro”, -jaula de hierro es un sistema basado en la eficiencia tecnológica, esto es, la proliferación de medios técnicos al servicio de la racionalidad instrumental y del control social como fines-, que construye los imperativos del sistema, la economía y la burocracia, que ahogan a los individuos y a la sociedad.

5. Muy probablemente en conexión directa con los dos rasgos anteriores, asistimos a la era de la tecnologización. Necesitamos de las máquinas para leer, para trabajar, para comunicarnos, para informar al mundo mundial de nuestra existencia. Nos sentimos frustrados si no miramos el móvil, si no recibimos mensajes, si no podemos usarlo en determinados actos o actividades; hemos ido generando una dependencia de las tecnologías. Y esa tecnología se presenta bajo dos dimensiones: por un lado, como complemento de nuestra vida, para hacerla más sencilla y fácil (el robot complementa la actividad humana), favoreciendo avances de la medicina, operaciones quirúrgicas menos incisivas, diagnósticos en tiempo real, tratamientos

61 ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas*, 39ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966, p. 70.

62 HABERMAS, J.: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1973. Habla de la identificación del individuo con la propaganda y la manipulación informativa, o lo que es lo mismo la aparición de la sociedad de masas. Se refiere igualmente al “cambio de paradigma”, en el que se ha dado una mudanza, un giro en la filosofía del lenguaje y en el que se ha dado paso a la inspiración democrática radical del pragmatismo norteamericano a través del concepto de comunidad de comunicación (influido por Charles S. Peirce, fundador de la semiótica o teoría de los signos, y por Karl-Otto Apel, filósofo neokantiano que introdujo el pragmatismo estadounidense en Alemania (en *Teoría de la acción comunicativa*, publicada en 1981).

de enfermedades graves, etc, así como una manera de favorecer el desarrollo complementario de determinados trabajos (en agricultura, en fabricación, etc); por otro, caminamos ya de la mano de la inteligencia artificial y con ello hacia la era de la *robotización*, lo que puede incidir en la reestructuración del mercado laboral⁶³, favoreciendo la sustitución del hombre por la máquina lo que comporta pérdida de puestos de trabajo y una clara situación de inseguridad laboral (nada es para siempre y hay una aceptación de trabajos poco rentables, los famosos *mini-jobs* que son aceptados con la resignación de que mejor éstos que nada). De este modo, la neomodernidad se encuentra en la era de la transformación digital de la economía o el denominado 4.0. o cuarta revolución industrial, que va a presentar un paisaje en el que asistiremos con todas las consecuencias a una sustitución masiva del hombre por la máquina.

Y este desarrollo técnico, científico y tecnológico no solo muestra transformaciones en el mundo económico y laboral, sino también se expande en la ecología y en la demografía social, surgiendo en el paisaje que vivimos la presencia de coches, suburbios, necesidades de tiempo para los desplazamientos, tecnología de la información, etc. Y todo ello nos genera un estrés continuado, una falta de tiempo para uno mismo y para los demás, propiciando sensaciones de frustración, angustia, intervención de psicólogos y psiquiatras que nos ayuden a gestionarlas, y cuando no, derivan en depresiones o suicidios. Y lógicamente la trascendencia en las relaciones jurídicas personales, profesionales y sociales en general es clara.

6. En el ámbito social hemos asistido a un incremento inicial del papel de la mujer en el mundo laboral, aun cuando sin alcanzar la igualdad laboral entre el hombre y la mujer (incluido el salario), de modo que se observan muchas situaciones en las que la mujer es relegada a puestos de menor calidad y cantidad, apareciendo mucha cosmética en la presentación de la integración de la mujer en el mundo laboral; se ha producido igualmente el incremento de los divorcios y las familias rotas, la disminución del tamaño de las familias, etc.. Todo ello, con claras consecuencias jurídicas.

Ahora bien, en la última década de forma algo más visible se asiste a una participación de la mujer no solo en la vida laboral sino en la vida pública, en la política, en los cargos de gestión, aun cuando la ratio sigue siendo absolutamente

63 Una reestructuración que se ve afectada por los grandes acontecimientos económicos. Destaca a este respecto la crisis del petróleo de 1970 y como desde entonces hasta aquí se ha ido produciendo en numerosos lugares del planeta un fenómeno de precarización laboral al encontrarnos con un cambio que va del paisaje que desde la segunda guerra mundial se mostró de la seguridad de los trabajos de por vida, a la exigencia de que los trabajadores cambien, necesidad de ir adquiriendo nuevas capacidades y aptitudes para los puestos de trabajo, más posibilidad de ser trasladados o recolocados, la incorporación de los trabajos de media jornada o los *mini-jobs* con pocos beneficios y bajo salario, especialmente afectando a las mujeres en los mismos. Puede verse, CROMPTON, R.: *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 31-35.

desequilibrada. Y es precisamente en esta etapa de la neomodernidad que asistimos a manifestaciones contra un derecho patriarcal que viene regulando de forma universal las relaciones jurídicas, y las sanciones ante el incumplimiento de las reglas jurídicas; asistimos en algunos lugares a una toma de conciencia de esta realidad indiscutible y comienza a generarse una opinión extendida y una lucha sin igual y sin fronteras por alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres.

E igualmente se ha ido conquistando espacios sociales, pero también jurídicos de respeto y reconocimiento de derechos de ciudadanos especialmente vulnerables a los que la sociedad y los ordenamientos jurídicos habían dado de lado: los inmigrantes trabajadores de clase baja, los homosexuales, los transexuales, personas dependientes por discapacidades o por enfermedades, los pertenecientes a razas o comunidades o etnias muy deprimidas históricamente, entre otros. Ha sido en estos últimos lustros cuando se ha propulsado la igualdad de todos y todas, cuando se ha avizorado cambios en ciertos lugares del planeta que han tendido la mano, ya a través de las organizaciones no gubernamentales o ya a través de los movimientos impulsados por la sociedad civil, para alcanzar reformas legales que favorezcan la igualdad de todas las personas ante la ley.

Si durante décadas de postmodernidad y neoliberalismo percibimos una etapa de lo que Hannah Arendt denominaba *tiempos de oscuridad*⁶⁴ o Bauman consideraba como unos años con un *mundo de vida moribunda y muertos vivientes*, un mundo en el que *lo improbable se ha vuelto inevitable, y lo extraordinario es ya rutina. Todo es posible (ineludible, de hecho) toda vez que la vida y la muerte han perdido la distinción que las dotaba de significado y han pasado a ser igualmente revocables y sujetas a un "hasta nuevo aviso"*⁶⁵, la neomodernidad abre una brisa de esperanza, de cambio, o al menos la percepción de esa necesidad de sobre todo volver a los valores del humanismo, a la conciencia del otro, a la necesidad de reconocer el esfuerzo –a diferencia de la cultura del pelotazo y la riqueza pronta y a cualquier precio–.

Tímida pero imparablemente comienzan a resurgir los valores humanistas de la modernidad, si bien sin obviar las situaciones que la globalización ha gestado, el mundo es global y ya no se piensa localmente sin efectos globales. Aparece la etapa de la neomodernidad. En ella hay atisbos de cambio en la búsqueda del reduccionismo del mercantilismo extremo que tanta fragilidad causó al planeta, y es por ello que se aboga por una nueva concepción democrática, con más libertad individual pero también con una absoluta necesidad de solidaridad; o lo que es lo mismo se enfrenta al individualismo y egoísmo que se presentó como rasgos característicos de la etapa posmoderna.

64 ARENDT, H.: *Men in Dark Times*, pág.VIII (traducción castellana), Barcelona, Gedisa, 1990.

65 BAUMAN, Z.: *Vida líquida*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 89.

Rasgos de esta nueva etapa son la conciencia ecológica, la nueva búsqueda de los espiritual en corrientes orientales o cósmicas, el respeto a la diversidad, la valorización de minorías étnicas, la defensa de la igualdad real entre hombres y mujeres, y todo ello sin perder el dato de que la persona es ciudadana del mundo, un mundo que sigue interconectado a través de los medios de comunicación y las redes sociales, que han cambiado la manera de concebir las relaciones jurídicas personales, profesionales, de consumo, etc.

Lógicamente estos flashes de esa nueva realidad social, política, económica, etc presentan un Estado débil, que sigue estando, pero que encuentra un contrapeso extraordinario en la sociedad civil neomoderna y con ella resurgen lemas nuevos como el de la búsqueda del bien común, favoreciéndose que todo venga inspirado en nuevos principios, nuevos fundamentos, nuevos paradigmas. También se hace sentir en el mundo del Derecho, y por ello también en el mundo de la Justicia. Los viejos paradigmas de la Justicia penal estatal, nacional, analógica y pública, con unos sujetos muy vinculados al Estado, dan paso a una Justicia supranacional y en algunos casos internacional, a unos protagonistas diversos, a un mundo digital y a nuevas maneras de criminalidad y de respuesta de la sociedad ante la misma. El pensamiento economicista de la globalización vino pausiblemente a endurecer la Justicia, a hacerla más aséptica, más cruda, más desigual, más cosmética, más vacua y más líquida⁶⁶. Más y más derecho penal y una farsa en la concepción de un modelo procesal penal estéticamente perfecto, pero complejamente realizable. Hemos asistido a cambios sucesivos, transformadores, de principios, de instituciones, hemos presenciado procesos de capacitación de los operadores jurídico-procesales, si bien la realidad es que el modelo se ha ido endureciendo cada vez más para unos, y beneficiándose para otros, como una suerte de comercialización o de la aplicación más o menos dura según el mejor postor.

En estos momentos, el reto de la neomodernidad es grande, es conseguir mantener elementos del presente –incluso algunos que nos gustaría no existieran– con elementos del pasado para construir un futuro mejor, más solidario, más igualitario y más justo. Ese reto de la neomodernidad es algo así como *deconstruir* la sociedad global desde una mirada más humana. Eso ¿supone una vuelta al control por parte del Estado? ¿necesitaremos devolver al estado el poder de regulación de la sociedad y de protagonista de la función tuitiva de los derechos y libertades individuales amén de los objetivos sociales y ecológicos?

66 Sobre la noción de *líquida* he mantenido en algunos de los últimos trabajos su aplicación, desde la teoría de Zygmunt Bauman, a la justicia penal líquida igualmente. Puede verse BAUMAN, Z.: *Vida líquida*, cit.; BARONA VILAR, S.: "Justicia penal líquida (Desde la mirada de Bauman)", *Revista de Pensamiento Teoría y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, dic. 2017; y BARONA VILAR, S.: "De la sociedad líquida a la justicia penal líquida", *Revista Ius Puniendi*, noviembre-diciembre 2017, núm. 5.

Desde el pensamiento de la neomodernidad se hace necesario volver al Estado, siquiera otorgándole un mayor protagonismo, para que no solo ejerza el control de los intereses sociales, sino para que ejercite de nuevo su papel de garante de los mismos. El “cuánto” debamos volver al Estado es lo que puede ser discutible. En cualquier caso, se hace imprescindible acabar con la infalibilidad del mercado, la necesidad de trabajar para laminar el capitalismo furibundo basado en la especulación y el dinero pronto, y que tantos efectos nocivos ha propiciado en las sociedades, en las personas, y en el derecho, propulsando un ultrapunitivismo como panacea de solución de todos los malos de la sociedad. Se vuelve a hablar de incorporar valores, se hace referencia a las *compliance*, a los códigos de buenas prácticas, a la responsabilidad social empresarial, etc.

Para ello se requiere la lucha contra el “imposibilismo” del cambio, no siendo, como apuntaba en su día Fiore⁶⁷, meros espectadores del teatro al que asistimos, y deberemos trabajar para recuperar, por un lado, la confianza en quienes son los sujetos de tutela, los ciudadanos, así como las funciones y los límites que hay que rescatar y delinear finamente del derecho penal. Hay que continuar en la búsqueda de la retrotopia baumaniana, de modo que frente a la cosmética, el nihilismo, la desesperanza, el individualismo, la intolerancia y el fanatismo que la globalización, el neoliberalismo, el postmodernismo y la sociedad actual nos ofrece, hay que luchar por una sociedad con futuro, con un futuro prometeico ilusionante y constructivo, en un mundo esperanzado donde la solidaridad, el respeto y la igualdad sean la base de esa nueva construcción social, y donde los valores positivos de la realidad global y postmoderna, incluida la digitalización, la tecnología, la movilidad, y un largo etcétera sirvan para visualizar un mundo integral e integrado, menos controlado y securizado y más libre.

No puede negarse la realidad global y digital actual, pero ésta puede venir anudada algunos de los grandes postulados de la modernidad que la hicieron “una gran etapa de la humanidad”, todo y que se encamine hacia una sociedad mejor, donde el orden y la seguridad se anuden a la idea de solidaridad y del bien común, a sabiendas de que la visión economicista que se ha esparcido por todos los ámbitos del planeta continuará presente, si bien puede a su vez conjugarse con elementos como la redistribución de bienes y servicios, la necesidad de favorecer las políticas de igualdad sobre todo frente a las de diferencia. Asistimos a un momento en que tras buscar la riqueza en tiempo record y sin demasiado esfuerzo, bajo el *todo vale*, se propulsan valores como el esfuerzo, la responsabilidad, alejando esa absurda sociedad líquida baumaniana que tanto desastre humanitario ha venido generando. Ahora bien, es cierto que se va a incorporar, asentar y solidificar como uno de los valores de este nuevo momento histórico la idea del orden, vinculado

67 FIORE, C.: *Relazione Introduttiva*”, en *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di Alfonso Maria Stile, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011, pp. 46-47.

a la de seguridad y en gran medida fomentados desde un miedo, pavor que se ha inoculado en la sociedad.

Todo ello favorece una necesidad de protección social. Esa idea de protección en la modernidad vino desplegada por el Estado. En la actualidad el Estado neomoderno no es como el estado moderno. Se está renovando su legitimidad política cierto, pero existe unos protagonistas superiores al Estado un gobierno supranacional e internacional que gobierna, impone soluciones, controla, dispone, lidera y genera una suerte de orden social planetario que siquiera desde un punto de vista de justificación política plantea no pocos problemas. Y lo peor, es que ese manejo venga de la mano de cuatro grandes potencias o mejor de sus dirigentes, apareciendo la era Trump-Putin-Xi Jinping-Kim Jong-, que pretenden manejar la política, la economía, la cultura y la vida.

Lo inquietante es imaginar la evolución de este orden social no democrático que maneja, dispone e impone. Una criminalidad organizada, un terrorismo internacional, un orden impuesto desde no se sabe qué instancias y una laminación de identidades está propiciando estructuras procesales, normas supranacionales, endurecimiento del sistema penal y de las consecuencias jurídicas, disminución de garantías y un largo etcétera, que aviva xenofobias, temores, segregaciones, sectarismos, homofobias, y un largo etcétera con un descontento y desencanto social que debe vencerse.

Mucha imaginación, mucho más liderazgo, más política y menos economía muy probablemente sean los adobos que deberían incorporarse a la sociedad de la neomodernidad en la que nos encontramos. Necesitamos, allende la innovación tecnológica y técnica, una innovación ideológica y social. Solo así será posible vencer esta situación absurda en la que cada vez más el derecho y la Justicia pasa por una expansión de la legislación penal, una aplicación del derecho en pie de guerra, de la respuesta más violenta y agresiva que existe en el mismo. Algo llevamos haciendo mal desde hace muchas décadas. Es el momento del cambio desde abajo, desde la educación, desde los valores de respeto al otro. Solo desde la mirada del otro seremos capaces de crecer hacia una sociedad mejor, más vivible y más humana.

Y ya, para finalizar, el gran delirio como procesalista sería alcanzar un momento de reflexión, un alto en el camino, desde instancias internacionales, supranacionales y nacionales, de la *cuestión penal*, para ser coherente entre la respuesta "fácil" que se halla en los discursos políticos y que tienen una enorme proyección en la Política criminal, con un claro *más y más penal*.

Lejos de ser derrotista, creo en la posibilidad de hacer una buena liposucción al derecho penal y alimentar menos pero con mayor calidad al proceso penal; solo la valoración reflexiva puede parar esta frenética inflación legislativa que ha inundado

los ordenamientos jurídicos de Europa, para valorar en qué erramos para que cada vez haya un enorme y rollizo derecho penal, más y más involucionismo en la respuesta penal, y menos y menos proceso penal, generando una enorme insatisfacción en los ciudadanos. Y todo ello, como bien nos dejó escrito Bauman, de la mano del diálogo, del trabajo por opciones creativas, asumiendo que las utopías han acabado y que lo que ahora procede es diseñar un mundo mejor que pueda integrar lo bueno de lo nuevo –que lo hay, sin lugar a dudas-, rechazando lo malo de lo nuevo; un mundo que necesita de un instrumento esencial, el diálogo (habla de la *capacidad para dialogar*), y sostiene que es imprescindible hacer uso de este instrumento de comunicación para poner fin a la dicotomía que preside la realidad contemporánea, la división entre “nosotros” y “ellos”; esto es, la cultura de la confrontación y búsqueda del otro, al que visualizamos de forma hostil para justificar fronteras, muros, reforzar identidades, separaciones, normas discriminatorias, etc⁶⁸.

CONCLUSIÓN

El fortalecimiento del Estado en la modernidad supuso la consolidación de un modelo de Justicia vinculado al Estado, en cuanto a su diseño, regulación, control y aplicación, con unos protagonistas dependientes e incorporados al aparato del Estado. La globalización ha insuflado de nuevos horizontes a la Justicia. Han caído fronteras, se han aproximado los ordenamientos jurídicos y los modelos de Justicia vienen influidos por organismos supranacionales e internacionales, consecuencia de un Estado débil y atópico. La percepción del miedo, del pánico, de la sensación de falta de protección por el Estado ha ido diseñando una sociedad de riesgos, de controles, de restricciones de derechos y libertades, de prevención, de endurecimiento penal y de proceso penal de dos velocidades. Descontento y desilusión han acompañado a la postmodernidad que poco a poco ha ido generando voces disidentes que buscan asideros, esperanzas y lucha contra el desasosiego que los años iniciales del Siglo XXI han presentado.

Una nueva etapa, la neomodernidad, parece presentar síntomas de búsqueda de valores, de volver a algunos de los componentes de respeto y defensa de la humanidad, que tanto se alcanzaron en la modernidad. Nuevos retos se presentan y se requiere mucha dosis de empatía, de solidaridad y de respeto a los demás. Nuevos componentes que avizoran posibles y mejores cambios también en el seno de la Justicia. Todos ellos acompañan a nuevos rasgos en la sociedad del Siglo XXI: la conciencia ecológica, la nueva búsqueda de lo espiritual en corrientes orientales o cósmicas, el respeto a la diversidad, la valorización de minorías étnicas, la defensa

68 BAUMAN, Z.: *Retrotopía*, Barcelona, Ed. Paidós, 2017: *Debemos prepararnos para un largo periodo que estará marcado por más preguntas que respuestas, y por más problemas que soluciones... Nos encontramos (más que nunca antes en la Historia) en una situación de verdadera disyuntiva: o unimos nuestras manos o nos unimos a la comitiva fúnebre de nuestro propio entierro en una misma y colosal fosa común.*

de la igualdad real entre hombres y mujeres, y todo ello sin perder el dato de que la persona es ciudadana del mundo, un mundo que sigue interconectado a través de los medios de comunicación y las redes sociales, que han cambiado la manera de concebir las relaciones jurídicas personales, profesionales, de consumo, etc.

En esta nueva etapa, que llamamos neomodernidad, se debe trabajar para *deconstruir* la sociedad global desde una mirada más humana.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, P.A.: *Die vergessene Freiheit*, 2 ed, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.

ALONSO ROMERO, M.P.: *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

ARENDT, H.: *Men in Dark Times*, New York, 1968.

ARENDT, H.: *The Origins of Totalitarianism*, Schocken Books, New York, 2004.

BARONA VILAR, S.: "Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (coord. S. BARONA VILAR), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

BARONA VILAR, S.: "Justicia penal líquida", *Revista Teoría y Derecho*, diciembre, 2017.

BARONA VILAR, S.: "Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI", en AA.VV.: *Justicia Civil y Penal en la era global* (coord. S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARONA VILAR, S.: "De la sociedad líquida a la justicia penal líquida", *Revista Ius Puniendi*, noviembre-diciembre 2017.

BARONA VILAR, S.: *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARONA VILAR, S.: "Retrato de la Justicia civil en el Siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?", *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018

BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura económica, Buenos Aires, 1999.

BAUMAN, Z.: *Vida líquida*, Paidós, Barcelona, 2006.

BAUMAN, Z.: *Retrotopia*, Paidós, Barcelona, 2017.

BIEBRICHER, TH.: "Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", en AA.VV.: *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016.

CARBONELL MATEU, J.C.: "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", en AA.VV.: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Universidad de Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

CORTINA, A.: *Aporofobia: el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.

CROMPTON, R.: *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

CHAPPELL, A.T.; MONK-TURNER, E.; PAYNE, B.K.: "Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life", en HOLSINGER, K.; SEXTON, L.: *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, Routledge, New York, 2017.

DONINI, M.: "La sicurezza como orizzonte totalizante del discorso penale", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto penale* (coord. M. DONINI y M. PAVARINI), Bononia, Uni. Press, Bologna, 2011.

EUCKEN, W.: *Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960.

FERRAJOLI, L.: *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª ed., Ed. Scientifica, 2 ed., Napoli, 2016.

IORE, C.: "Relazione introduttiva", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale* (coord. A. M. STILE) Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011.

FRIEDMAN, M.: *Is There a Modern legal Culture?, Ratio Iuris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 3, núm. 2, 1994.

GARLAND, D.: *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: "Víctima del delito y Europa", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2015, núm. 17, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

HABERMAS, J.: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1973.

HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Barcelona, 1991.

HABERMAS, J.: "Modernity: An Unfinished Project: lecture on receiving the Adorno Prize, Frankfurt, Septiembre 1980", en AA.VV.: *Habermas and the Unfinished Project of Modernity* (coord. P. D'ENTREVES; S. BENHABIB), Cambridge, Polity Press, 1996.

HÄFELE, J.: "Disorder, (Un)-Sicherheit, (In)-Toleranz", en HÄFELE, J.; SACK, F.; EICK, F.; HILLEN, H. (coord.): *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017.

HASSEMER, W.: "Sicherheit durch Strafrecht", en *Straverteidiger*, 2006.

HASSEMER, W.: "Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale* (A. M. STILE), Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011.

HASSEMER, W.: "Libertà e sicurezza alla luce della política criminale", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bologna, 2011.

HOBBSWAN, E.J.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, Ed. Crítica, Barcelona, 2007.

HUDSON, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Sage Publications, London, 2003.

INSOLERA, G.: "Sicurezza e ordine pubblico", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bononia, Uni Press, Bologna, 2011.

KUHLEN, L.: "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (coor. MUÑOZ CONDE, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LEFEBRE, H.: *Introducción a la modernidad*, Tecnos, Madrid, 1971.

LIPOVETSKY, G. : *L'ère du vide- Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, FolioEssais, 1989.

MAIER, J.B.: "Estado democrático de derecho, Derecho Penal y procedimiento penal", en AA.VV.: *¿Tiene un futuro el Derecho penal?* (coord. J.B. MAIER, G. CÓRDOBA), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

MIR PUIG, S.: "Evoluzione politica e involuzione del diritto penale", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale* (coord. A. M. STILE), Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

MÜLLER, A.L.: *Green creative City*, UVK, Konstanz, 2013.

MUÑOZ CONDE, F.: (coord.): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

MUÑOZ CONDE, F.: "Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "Derecho penal del enemigo", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 3, 2005.

NAUCKE, W.: "La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

ORLANDI, R.: "Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas*, 39ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966.

PERSAK, N.: "Using "Quality of Life" to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder", en *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch* (A.P. SIMESTER, A. DU BOIS-PEDAIN y U. NEUMANN), Hart Publishing, Oxford, 2014.

PRITTWITZ, C.: "La concorrenza diseguale tras sicurezza e libertà", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto Penale* (coord. DONINI y PAVARINI), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

RODENSTEDT, A.: "Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden", en AA.VV.: J. HÄFELE, F. SACK, V. EICK y H. HILLEN), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017.

ROSE, N.: "Tod des Sozialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", AA.VV.: *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen* (coord. BRÖCKLING, KRASMANN y LEMKE) Suhrkamp, Frankfurt, 2000.

SBRICCOLI, M.: "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale", en AA.VV.: *Criminalità e giustizia*

in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit (dir. M. BELLARBA, G. SCHWERHOFF y A. ZORZI), Bologna, Ed. Società editrice il Mulino, y Berlin, Ed. Duncker&Humblot, 2001.

SIEBER, U.: "Grenzen des Strafrechts" en ALBRECHT y SIEBER: *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswchsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, 2004.

SIEBER, U.: "Der paradigmwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht", en AA.VV.: *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (dir. TIEDEMANN, SIEBER, STZGER, BURCHARD y BRODOWSKI) Nomos, Baden-Baden, 2016.

SIMON, J.: *Governing through Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

WILKE, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Shrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt, 2001.

WILLIAMS, M.C.: "Securitization and the liberalism of fear", *Special issue on The Politics of Securization, Security Dialogue* 42 (4-5), p. 453, 2011.