

**¿Quo vadis justicia penal?
Claves del modelo procesal penal**

**Quo vadis criminal justice?
Keys of the criminal procedural model***

Silvia BARONA VILAR

Catedrática de Derecho Procesal,
Universidad de Valencia (España)

<https://orcid.org/0000-0002-2140-5838>

silvia.barona@uv.es

Resumen

El proceso penal y el Derecho penal han experimentado una metamorfosis en la era de la globalización y la digitalización. Nuevos instrumentos, nuevos protagonistas y nueva manera de conformar el modelo de justicia en el siglo XXI. La eficiencia y la celeridad han inspirado reformas procesales que buscan abreviaciones del proceso, mediante reforma de instituciones procesales (medidas cautelares, reducción de recursos...), así como procedimientos rápidos o abreviados, en los que se potencian los acuerdos, los pactos, tanto en el proceso *-plea bargaining-* como en los realizados entre víctima y victimario (mediación). Igualmente, la tecnología ha penetrado en la investigación y sus protagonistas son el Ministerio Público y la policía. El dilema es siempre el equilibrio entre garantías y eficiencia, entre las personas y la sociedad.

Palabras claves: justicia global; digitalización; negociación; procesos abreviados.

Abstract

The criminal process and Criminal Law have undergone a metamorphosis in the era of globalization and digitization. New instruments, new protagonists and a new way of shaping the model of Justice in the XXI Century. Efficiency and Speed have inspired procedural reforms that seek abbreviations of the process, through reform of procedural institutions (coercitive and praeventive measures, reduction of resources ...) as well as rapid or abbreviated procedures in which agreements and pacts are promoted, both in the process *-plea bargaining-* such as those carried out between the victim and the perpetrator (mediation). Likewise, technology has penetrated the investigation and its protagonists are the Public Ministry and the Police. The dilemma is always the balance between guarantees and efficiency, between people and society.

Keywords: Global Justice; Digitalization; Negotiation; Abbreviated Procedures.

* Realizado en el marco del Proyecto Prometeo 2018/111 GV.

Sumario:

1. Un entendimiento previo: conformación de la justicia penal en la era de la modernidad. 1.1. Un paseo por la historia. 1.2. Consagración del modelo procesal hegemónico de la modernidad, el paradigma de la justicia penal. 2. Y llegó la globalización y la posmodernidad, alterando la justicia penal hegemónica y el protagonismo del Estado. 3. Claves de la justicia penal actual. 3.1. Expansión del Derecho penal y el Derecho penal simbólico. 3.2. Primera consecuencia en sede procesal penal: de su solidez a su inquietante liquidez o liquidación. 3.3. Segunda consecuencia en el proceso penal: nuevos protagonistas. 3.3.1. Ministerio Fiscal *versus* juez. 3.3.2. La policía. 3.3.3. El retorno de las víctimas a la justicia penal. 3.3.4. Equipo técnico de mediación. 3.3.5. Empresas de gestión privadas de prisiones. 3.4. Tercera consecuencia: incorporación de la tecnología, algoritmos e inteligencia artificial en la investigación. 3.5. Cuarta consecuencia: minimización del proceso, de sus estructuras, mediante los principios de oportunidad, discrecionalidad y consenso. 3.5.1. Reformulación de estructuras procesales y de algunas instituciones procesales. 3.5.2. La conformidad-negociación, manifestación del principio de oportunidad. 3.5.3. La mediación penal y la justicia restaurativa.

1. Un entendimiento previo: conformación de la justicia penal en la era de la modernidad

Abordar las claves de la justicia penal en el momento que vivimos requiere atender dos coordenadas imprescindibles: por un lado, al pasado, engarzando el presente con la evolución experimentada en ese paseo por la historia; y, por otro, considerando las coordenadas políticas y sociológicas que, especialmente desde las últimas décadas del siglo XX y los años transcurridos del siglo XXI nos han acompañado.

1.1. Un paseo por la historia

Solo desde el conocimiento del pasado es posible un buen entendimiento del presente, de manera que para poder influir en la ebullición de ideas y de conocimiento actual es imprescindible atender a los fundamentos que permitieron la construcción de la justicia penal en la era de la modernidad. Por ello es que para referirnos a los rasgos de la justicia penal de la etapa histórica en la que nos encontramos, la neomodernidad, 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,¹ por su intrínseca vinculación con las líneas ideológico-políticas de cada país y en un determinado momento histórico. No en vano, como apuntaba GOLDSCHMIDT, el proceso penal *no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su constitución.*² Prueba de ello ha sido la historia; y esto permite considerar que la historia de la justicia penal es un capítulo de la historia del Estado, fuere primitivo, de la antigüedad, medieval, moderno o neomoderno globalizado.

¹ BARONA VILAR, Silvia, “Justicia Penal desde la globalización y la posmodernidad hasta la neomodernidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, No. 27, enero 2019, p. 22.

² GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso, II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, pp. 109-110.

Lejos de nuestra intención está abordar la historia del proceso penal,³ empero, sí referirnos a la emergencia y consolidación del sistema penal y procesal penal, paralelamente a la construcción de la modernidad en Europa 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 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.

En este periodo de la historia política europea se asistió a la aparición del absolutismo, a la simbiosis Estado-Iglesia y al protagonismo de la Inquisición. Todo ello incidió en el modelo procesal penal, incorporando instrumentos y *modus operandi* del sistema canónico, primero, y posteriormente la influencia de lo inquisitivo, propulsando la vinculación de la idea de pecado con la de delito. Ahora bien, la irrupción de las ideas y del pensamiento del humanismo favoreció, especialmente en Francia y en Inglaterra, desde finales del siglo XVII, una transformación ideológica, política, de la mano de la ilustración, un momento absolutamente trascendental para el pensamiento, en cuanto suponía el abandono del tiempo entre tinieblas vivido por la humanidad en periodos anteriores y especialmente en el Medioevo, para favorecer la apertura hacia nuevas ideas en lo económico, en lo político, en el pensamiento, en la ciencia, en lo social, amén de obviamente en lo jurídico.

1.2. Consagración del modelo procesal hegemónico de la modernidad, el paradigma de justicia penal

El despotismo ilustrado influyó en la mirada y conformación de la vida y del mundo jurídico. Se superó la idea de la colectividad, generando una preponderancia por “lo individual”, desvalorizando la fe religiosa, exaltándose la razón humana como elemento nuclear, y proclamando que la educación es el único camino para el progreso humano. Fue el momento en que comenzaron a desaparecer las supersticiones, el fanatismo y la intolerancia, y al que se incorporaba el método científico y racional, método que necesariamente afectó al Derecho en general y, muy especialmente, al sistema investigador y probatorio en materia penal en particular.

En este contexto es que aparece la noción moderna del Estado, fuerte y robusta, que influye en la conformación de los sistemas jurídicos y obviamente en los modelos procesales y en sus operadores jurídicos.⁴ Se concibió el monopolio del Estado de penar, diseñando las penas, aflictivas, intimidantes y ejemplarizantes, como una expiación del delito. En consecuencia,

³ Para un desarrollo *ad extensum* acerca del origen, evolución y desarrollo del proceso penal, *vid.* BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*.

⁴ *Vid.* BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia...*, *cit.*; así como BARONA VILAR, Silvia, *Justicia penal, globalización y digitalización*. En ambas obras se efectúa un análisis acerca de la influencia del pensamiento político en el jurídico y cómo este fue modulando el modelo procesal penal de la modernidad, alejándolo en gran medida de la enorme influencia religiosa que acompañó al Derecho en la Edad Media. Repárese que los docentes en las universidades medievales eran canónigos, conocedores del Derecho canónico y, por tanto, quienes insuflaron una gran influencia no solo en la redacción de las normas, sino también en su enseñanza.

fue en los siglos XVI, XVII y XVIII cuando se diseñó el modelo estatal de justicia, promulgándose las normas que regulan sus procesos, dando paso, poco a poco, lo que se denominó *la justicia hegemónica*,⁵ 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.

Primero la Revolución francesa, que impregnó de esa visión de “lo individual” (derechos y garantías) sobre “lo colectivo”, y posteriormente la enorme influencia de la codificación napoleónica consolidaron el denominado modelo procesal penal mixto (elementos del viejo sistema francés con algunas manifestaciones positivas del sistema inglés):⁶ 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. De ahí que la expansión francesa a España, primero, y posteriormente de España a sus colonias, permitió consagrar en importantes lugares del planeta lo que sería el sistema procesal penal continental.

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, sancionador de aquellas conductas que se consideran como las más reprochables desde el punto de vista penal; y, por otro, el proceso penal, impregnado de la idea de orden público y de una construcción de este *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 Estado.⁷ Con ello se pretendía, por el propio Estado, un modelo de garantía y proyección para la ciudadanía, o lo que es lo mismo, el instrumento por el que poder otorgar tutela efectiva frente a las conductas reprochables penalmente.

Atendidas las coordenadas que hemos venido exponiendo, el modelo paradigmático de justicia penal que se consagró en la modernidad y se expandió por gran parte del continente europeo y gran parte del continente americano, se caracterizaba por los rasgos siguientes:⁸

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. La influencia de la ideología revolucionaria impregnó las constituciones modernas en lo que a reconocimiento de derechos se refiere, la igualdad, la proclamación de todos como *ciudadanos con derecho a tener derechos*, como señalaba Hannah ARENDT,⁹ el

⁵ SBRICCOLI, Mario, “Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale”, en Marco Bellarba, Gerd Schwerhoff, Andrea Zorzi (dirs.), *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*, pp. 361-362.

⁶ ESMEIN, Adhémar, *History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France*, pp. 323, 393.

⁷ ALONSO ROMERO, María Paz, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, p. 323.

⁸ BARONA VILAR, Silvia, “‘Justicia integral’ y ‘Access to Justice’. Crisis y evolución del ‘paradigma’”, en Silvia Barona Vilar (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*.

⁹ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, p. 372; y también, *Men in dark times*, p. 81.

reconocimiento constitucional a la tutela, que, por otra parte, se despliega en las leyes ordinarias a través de mecanismos para hacer realidad aquellos, 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*, etcétera.

3. El Derecho penal se diseña para dar fundamento al *ius puniendi* estatal, en relación con los hechos que se consideran en un momento determinado y en un determinado país como los más reprochables socialmente 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: principio de legalidad, 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 prohibición de la analogía en materia penal, el principio de igualdad de trato y la necesaria consideración de la humanidad de las penas. Estos principios responden a una ideología de “Estado”, que asume el control del modelo de justicia penal. Un modelo con un Derecho penal codificado con un instrumento para su aplicación al caso concreto, el proceso penal, también regulado en los códigos procesales penales y en las leyes orgánicas del poder judicial, así como algunas garantías y derechos reconocidos en 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. La modernidad favoreció el abandono de 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 para 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 inocente.¹⁰

En suma, 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).

Por todo lo expuesto debemos afirmar que la Justicia penal hegemónica, que nos vino acompañando, con vaivenes y reformas, durante un largo periodo de la historia y en numerosos países, se pergeñó en la época de la modernidad, con un eje común: ser resultado y

¹⁰ IGNOR, Alexander, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland*, p. 27.

manifestación de la función tutiva del Estado. Esta mirada protectora estatal, que irrumpiera con el ideario revolucionario francés y se modulara con el pensamiento social del siglo XX, nos acompañó hasta bien adentrado el siglo XX. En este modelo de justicia, los ciudadanos desempeñaban 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.

2. Y llegó la globalización y la posmodernidad, alterando la justicia penal hegemónica y el protagonismo del Estado

El final del siglo XX comenzó a presenciar la conformación de una nueva era. Las coordenadas socioeconómicas impregnaron y transformaron el paisaje social, cultural, relacional, político y jurídico. Una nueva era se abrió paso en prácticamente todo el planeta, insuflando unos valores diversos, que mutaban los cimientos, las estructuras, los protagonistas y el *modus vivendi*. La mirada del capitalismo a ultranza, las caídas de fronteras, los imparables avances tecnológicos, ofrecían posibilidades hasta el momento impensables. Una etapa que vino de la mano de la expansión del flujo comercial mundial, causa o efecto de las coordenadas anteriores, y que favoreció las inversiones, el consumo, el poder de los *lobbies* económicos y los *holdings* financieros y bancarios, la interconexión, la emigración profesional, cultural, etc. Es la etapa de la globalización, cuyos disvalores han sido –y son– la eficacia y la eficiencia.

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,¹¹ minimalista, *atópico*?¹²), 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 estos, presentando un mundo cambiado y cambiante, empapado del 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 de este.¹³ Sí se percibe que encontró sólidos cimientos para su justificación en la crisis y hundimiento económico de

¹¹ BIEBRICHER, Thomas, “Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde”, cit., p. 9.

¹² Vid. WILKE, Helmut, *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, pp. 7-62, quien construye el concepto desde su consideración de la “deconstrucción de la utopía”. 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 “desubicado” o “deslocalizado” (sin lugar), significado que tiene el término griego *atopia*.

¹³ 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 este 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 superaran para evitar otra situación como la producida en la Gran depresión.

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.

Este retrato de la sociedad global y digital necesariamente tuvo también su impronta en el mundo del Derecho, y no solo en el Derecho privado y económico, no solo a la Justicia civil,¹⁴ sino también en el Derecho penal y en el modelo de justicia. Los protagonistas cambian, los ordenamientos jurídicos se integran de forma multinivel, manteniéndose las normas nacionales, las normas supranacionales y las normas internacionales. Y no es retrato del sistema jurídico europeo, sino global. En esa mutación mucho tiene que ver el pensamiento neoliberal de la globalización al propulsar un Estado con una pírrica fuerza que paulatinamente viene asumiendo el *modus operandi* de la empresa privada, esto es, dirigido a la maximización y optimización de beneficios,¹⁵ lo que aboca en una clara demolición de las conquistas sociales.

Paralelamente, esa mutación social global genera desencanto individual y social,¹⁶ desconcierto, aumenta la complejidad social y con ella la delincuencia. Ante esta situación hemos asistido a 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 estas por otras, y se interviene mediante medidas de seguridad basadas en el omnipresente principio precautorio o de prevención maximalista. Es el periodo de la posmodernidad, en el que los síntomas de decadencia de la sociedad se han hecho visibles, generando una crisis ideológica, política, social, económica, y por supuesto jurídica.

En ese contexto expuesto no se puede sino sostener que el viejo modelo de la sociedad de la modernidad, asentada en los valores de la Ilustración, fue poco a poco agotándose;¹⁷ los valores cambian, lo económico se eleva sobre lo social, de manera tal que el discurso ético y político de la sociedad ilustrada se iba aniquilando, 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*”,¹⁸ o si cabe de lo cosmético y nihilista, atrayendo mayor desigualdad, los ricos cada vez más ricos y los pobres, más pobres. Ese sentimiento de nihilismo, de desencanto, de frustración, fue especialmente expuesto por los grandes pensadores de la Escuela de Frankfurt,¹⁹ quienes denunciaron la politización de la ley penal, la inflación penal, el Derecho penal simbólico y el Derecho penal de riesgo, y muy especialmente 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

¹⁴ Puede verse, BARONA VILAR, Silvia, “Retrato de la Justicia civil en el siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018, pp. 416-446.

¹⁵ HOBBSAWM, Eric J., *Guerra y paz en el siglo XXI*, p. 134.

¹⁶ BARONA VILAR, Silvia, “Justicia Penal desde la globalización...”, *cit.*, pp. 30-34.

¹⁷ LEFEBRE, Henri, *Introducción a la modernidad*.

¹⁸ LIPOVETSKY, Gilles, *L'ère du vide - Essais sur l'individualisme contemporain*.

¹⁹ Son numerosos sus miembros, se destacan a estos efectos: Wolfgang NAUCKE, Winfried HASSEMER, Klaus LÜDERSEN, Cornelius PRITTWITZ, Ulfrid NEUMANN, Felix HERZOG, P. A. ALBRECHT, etc. Crearon la denominada “corriente postmoderna”.

seguridad, reduciéndolo a un instrumento del riesgo, eliminándose de este modo las diferencias entre culpabilidad y peligrosidad y entre Derecho penal y Derecho procesal.²⁰

Las consecuencias de todo ello son indiscutibles en el modelo de Justicia penal que se construye y del que debe partirse para entenderse cuáles son las claves del nuevo modelo de proceso penal que se está institucionalizando en los sistemas jurídicos.

3. Claves de la justicia penal actual

Con el fin de entender cuáles son las claves de la actual justicia penal, es importante considerar el eje Derecho penal - Derecho procesal penal, su intrínseca vinculación y la enorme retroalimentación que ambas áreas de la justicia penal poseen.

3.1. Expansión del Derecho penal y el Derecho penal simbólico

Como señalé *supra*, una sociedad tan compleja como la que vivimos arrastra una criminalidad sofisticada y laberíntica. Esto ha propiciado que, frente a esta intrincada delincuencia, se busquen maneras de hacerle frente, tanto en calidad como en cantidad, lo que ha favorecido un palmario endurecimiento de respuestas frente a la criminalidad, un endurecimiento significativamente global. Esto ha justificado que, desde hace ya algunas décadas, hemos venido asistiendo a un escenario en el que se ha propiciado un avance imparable hacia el *más y más Derecho penal*, más expansión y más Derecho penal simbólico, empapando a la sociedad de la idea de que el Derecho penal es un *sanalotodo*,²¹ y frustrando las expectativas de quienes siguen viendo más violencia, más delitos, más inseguridad, más miedo y más segregación.

Efectivamente, concurre un factor tremendamente influyente en la situación que nos acompaña: el miedo; una percepción que ha penetrado en lo más hondo de la ciudadanía mostrando el peor de los miedos posibles, a saber, el vivir en una sociedad del miedo a la gente.²² 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 cada vez más Derecho penal “gendarme”. La respuesta política es la de más “control”; un control que la sociedad no solo acepta, sino que exige,²³ apareciendo la era de la “cultura del control”. Las patologías de la sociedad las hemos trasladado al modelo de Justicia penal.²⁴

A todo lo anterior se anuda la cada vez más presente implementación del denominado principio precautorio, tanto en sede penal como procesal penal, que permite restringir y condenar, por si acaso (*if*); un principio que supone adelantar medidas a la verosímil, aunque incierta, actuación que dañe los bienes colectivos, ante posibles riesgos que los afecten.²⁵ Un principio que favorece las estrategias de “expulsión” y de “exclusión” y que ha supuesto y favorecido la expansión del Derecho penal, del Código penal, con múltiples y crecientes

²⁰ HASSEMER, Winfred., “Sicherheit durch Strafrecht”, en *Straverteidiger*, p. 321 y ss.

²¹ MAIER, Julio B., “Estado democrático, Derecho penal y procedimiento penal”, en Maier/Córdoba, *¿Tiene futuro el Derecho penal?*, pp. 117-122.

²² WILLIAMS, Michael C., “Securitization and the liberalism of fear”, p. 455.

²³ GARLAND, David, *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, p. 172.

²⁴ RODENSTEDT, Ann, “Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden”, en Joachim Häfele, Fritz Sack, Volker Eick, Hergen Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, p. 111.

²⁵ FOSTER, Caroline E., *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, p. 18.

delitos de peligro. O, lo que es lo mismo, se ha ido gestando una política criminal “de urgencia”, que inspira a los proyectos legislativos a la búsqueda de la neutralización o minimización del riesgo, sirviendo este como noción técnico-jurídica en la conformación de la culpa, la causalidad, la imputación etc.²⁶ Y todo ello ha propiciado una imparable expansión del Derecho penal, que acoge manifestaciones del Derecho penal del enemigo, con una sublimación de la prevención y la seguridad,²⁷ produciéndose adelantamientos a la punibilidad en el derecho material, ampliación de conceptos preventivos de vigilancia, la 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 neoconservador,²⁸ con un modelo de control social mucho más duro, bajo el paraguas del discurso político del involucionismo penal y el ultrapunitivismo.

Por último, asistimos a un profuso 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 sociedad.²⁹ Un engaño que, por otra parte, como apunta CARBONELL,³⁰ solo llevará a la frustración, amén, por supuesto, de su nueva y mayor deslegitimación y una consecuencia atroz, que es la de una evidente trivialización de la libertad. Es por ello que el Derecho penal ha dejado de ser la *ultima ratio* para convertirse en la *prima ratio* o, como apunta FERRAJOLI,³¹ el principio de subsidiariedad penal o de Derecho penal mínimo ha muerto, generando una verdadera “inflación” penal,³² alimentada por una fascinación por el Derecho penal.

3.2. Primera consecuencia en sede procesal penal: de su solidez a su inquietante liquidez o liquidación

El retrato del Derecho penal y su irrefrenable dirección hacia el Derecho penal de la seguridad propicia un inquietante pensamiento acerca del presente y del futuro del proceso penal. Las coordenadas de la sociedad neomoderna y globalizada han ido introduciendo en el proceso penal, conceptos como eficacia-eficiencia, miedo, riesgos, pánico, control, seguridad, privatización, que alteran la esencia de la verdadera tutela de las personas a través de un proceso con todas las garantías, o, dicho de otro modo, es un oxímoron considerar que puede existir un proceso o un sucedáneo del mismo si este no ofrece garantías y respeto a los derechos de las personas que en ellos intervienen, reconocidos legal y constitucionalmente.

²⁶ DONINI, Massimo, “La sicurezza come orizzonte totalizante del discorso penale”, en *Sicurezza e Diritto Penale* (a cura de M. Donini y M. Pavarini), pp. 22-23.

²⁷ 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, Winfred, “Sicherheit durch Strafrecht”, *cit.*, p. 328.

²⁸ MIR PUIG, Santiago, “Evoluzione politica e involuzione del Diritto Penale”, en Alfonso Maria Stile (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, p. 118.

²⁹ HASSEMER, Winfred, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” (trad. Larrauri y Mainecke), *ADPCP*, 1992, p. 235 y ss.; KUHLEN, Lothar, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”, en Francisco Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, p. 76, se refiere en esta obra al *derecho penal simbólico-engañoso*, que favorece la manipulación política de la gente.

³⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 1, p. 19.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, p. 19.

³² MAIER, Julio B., “Inquisition oder Kompostion?”, en Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph/Schünemann (coods.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 1215.

Fue en la conformación del Estado moderno, entre los siglos XIX y XX, cuando se consolidaron los instrumentos necesarios para garantizar los derechos y las formas de hacerlos valer en los sistemas jurídicos. Entre estos instrumentos de garantía debemos ubicar el proceso penal, que permite garantizar a los sujetos del proceso sus derechos, al ser en él y solo en él donde se determinan los hechos probados y a partir de ahí la declaración de la culpabilidad o inocencia del acusado. Debemos siempre diferenciar entre proceso y procedimiento, dado que si el procedimiento se muestra como la sucesión formal de actuaciones para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el *proceso* es el medio necesario para cumplir la función de juzgar (declaración de inocencia o de culpabilidad y la aplicación, en su caso, de la condena por la culpabilidad), así como la de ejecutar lo juzgado (garantizando el cumplimiento de la condena, las formas de llevarlo a cabo, y su régimen de cumplimiento); un proceso que se estructuraba con la intervención de unos sujetos a los que se atribuía la función de garantizar el interés público de la persecución; otros que asumían la función de sentenciar, pero garantizando los diversos pasos a lo largo del proceso, siempre respecto de la tutela del sujeto pasivo del proceso, que era el tercer elemento subjetivo de la relación procesal. Se escenifica la triple función en el proceso a través de la trilogía subjetiva. Y fue precisamente con esa concepción garantista del proceso penal que se alcanza la “decosificación” del sujeto pasivo del proceso, convirtiéndole en “sujeto con derechos”.³³

En el viejo paradigma de justicia penal de la modernidad se acabaron los métodos medievales de persecución de hechos, consagrándose un sistema de garantías sólido, que devino en el derecho a la tutela judicial efectiva o el *Access to Justice* y con él se proclamaban el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al proceso en un plazo razonable, a no confesarse culpable y a guardar silencio, el derecho al proceso con todas las garantías, e incluso se constitucionalizaban principios como la publicidad, la oralidad, etc. Se fue construyendo el proceso del Estado de derecho desde un equilibrio entre la seguridad y la libertad.

Los valores de la era global también empapan el modelo procesal penal. Observamos cambios en los protagonistas, en los tiempos, en los métodos, en las garantías, y una enorme ráfaga de evolución jurídica de alta velocidad a la que se une en las últimas décadas la incorporación imparable de la sociedad digital, con todas sus consecuencias. En el sentido expuesto, estamos asistiendo a profusos cambios legislativos, necesarios en muchos casos, que caminan hacia la búsqueda de dos objetivos: por un lado, la celeridad, y por otro, la búsqueda de una mayor minimización del proceso; si bien en otros, es una manera de adecuar lo jurídico al escenario teatral que nos acompaña.

En relación con la nota de celeridad, esta no es sino la consecuencia de la experiencia del Derecho penal, que vive un perenne momento de transformación, de cambios dirigidos a una expansión de nuevas conductas punibles, nuevos bienes jurídicos protegidos, nuevas y en muchos casos más duras penas y consecuencias jurídicas, y un aumento del ámbito subjetivo de la culpabilidad al ir incorporando paulatinamente a las personas jurídicas como actores de los hechos delictivos. Todos estos cambios, además, se producen en muchos países a golpe de legislación de emergencia, que permite responder con más y más Derecho penal ante la sociedad del miedo.

Esa evolución del Derecho penal arrastra indiscutiblemente las reformas procesales penales, siempre más tardías y en segundo plano, no en vano continúa vigente la concepción de CARNELUTTI en torno a la consideración del proceso penal como la *cenerentola*.³⁴ Hemos

³³ BARONA VILAR, Silvia, *Justicia global, globalización...*, cit., pp. 103, 104 y 109.

³⁴ CARNELUTTI, Francesco, “Cenerentola”, en *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1946, p. 73 y ss.

asistido a una irrefrenable actividad legislativa en materia procesal penal, que no solo readapta actos, instituciones, competencias, medios, etc., a las exigencias de una sociedad a la que se le ha venido el sistema penal como la pócima de la felicidad, sino que presenta, igualmente, una discutible anomia, fruto de una dilatada inflación legislativa que propicia en ciertos casos un verdadero caos jurídico, amén de, como apuntamos *supra*, una sensación de insatisfacción generalizada; una sensación que perdura en el siglo XXI y germina un desencanto hacia el sistema, ante la falta de serenidad y reflexión necesarias para configurar el modelo de justicia más adecuado a la realidad subjetiva-espacio-temporal que vivimos.³⁵ Quizás en España la elaboración del Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 puede presentarse como un buen momento de reflexión y discusión.

Para alcanzar esta celeridad se ha ido caminando hacia una modulación del sistema procesal penal, una modulación en la que convergen dos realidades paralelas o modelos de dos velocidades, de dos ritmos o desde diversas perspectivas:

1. Por un lado, la transformación de la criminalidad, la aparición de bandas armadas, las organizaciones criminales, la cibercriminalidad, etc., ha presentado un paisaje procesal con macroprocesos, que exigen instrumentos de investigación específicos, amparados en esas nuevas y laberínticas maneras de criminalidad, han fomentado una diversa manera de investigar, nuevos métodos, nuevos protagonistas y cada vez mayor reducción aceptada de garantías procesales. Las novedades de instrumentos y protagonistas, la irrupción de la tecnología y la incorporación de sistemas algorítmicos predictivos de riesgos se han convertido en una realidad indiscutible en este momento.
2. Por otro lado, paralelamente se consolida otra realidad en la criminalidad ordinaria leve o media. El modelo procesal penal existente no da respuestas a las plurales y extensas modalidades delictivas, con mayor o menor grado de reprochabilidad. Esto se presenta de forma ambivalente, pues si bien es cierto que muchos de los delitos no son de gravedad, son muchos los hechos que antes no eran delito y ahora sí lo son. Exponente de cuanto decimos es la desaparición de las faltas del ordenamiento jurídico español. Ciertamente ello puede presentarse como un camino hacia la despenalización de las conductas, si bien no es lo que parece, por cuanto aun cuando algunas han desaparecido, la mayoría se ha transformado de falta a delito leve. Pura cosmética; y, en otros casos, se han multiplicado las especialidades procedimentales y ampliado los procesos especiales.

En cualquier caso, se ha diseñado un modelo de persecución penal de diversa velocidad, dado que ni la intensidad en la persecución penal ni en las consecuencias jurídicas aplicables, ni por supuesto las garantías del proceso penal son iguales en ambos caminos. Se advierte una desigualdad de trato, justificado por la gravedad de los hechos, pero que resulta cada vez más desproporcionado y genera una enorme inquietud.

Se advierte en el primer grupo una mayor restricción de los derechos y las garantías, especialmente en la fase de investigación, que comporta un involucionismo en la función tuitiva, en aras de la búsqueda de la seguridad. En el segundo, por su parte, debido a que la prolífera irrupción masiva de asuntos penales por esta delincuencia, que ha inundado los tribunales, se ha optado por buscar soluciones allende el aumento de medios personales, a saber, incorporar cada vez más manifestaciones del principio de oportunidad, amén de

³⁵ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia...*, cit., p. 314.

actuaciones de discrecionalidad fiscal, sin olvidar los mecanismos consensuadores que bien intraprocesalmente (como sucede con la conformidad entre la fiscalía y el acusado), bien extraprocesalmente (a través de la mediación u otros procedimientos restaurativos) favorecen las salidas anticipadas del proceso, una reducción de tiempos, plazos, un modelo más célere, cierto, empero en ciertos casos con merma de garantías y derechos.

3.3. Segunda consecuencia en el proceso penal: nuevos protagonistas

En la configuración del modelo procesal penal de la modernidad, fuere en el sistema *common law* o en el continental, la trilogía subjetiva quedaba nítidamente establecida: con un acusador público (aun cuando en algunos países como España se permitía la posibilidad de que la víctima pudiese asumir el rol de acusador particular, e incluso se permitía la figura del acusador popular), con un juez que velaba por las garantías del proceso y del sujeto pasivo de este; y el imputado-acusado, a quien la modernidad descosificó, abandonando la idea de que era el objeto del proceso, y las maneras inquisitoriales que tanto acompañaron los modelos procesales a lo largo de los siglos. La trilogía subjetiva del proceso y el equilibrio existencial de los tres fue uno de los ejes para la configuración de un sistema procesal con garantías. En esta nueva realidad hay cambios en los protagonistas y con ellos una reestructuración de funciones en el sistema procesal penal.

3.3.1. Ministerio Fiscal versus juez

El avance de la historia jurídica ha llevado a que el Ministerio Público, cuyo origen se hallaba en el periodo de la monarquía absoluta, y respondía a la necesidad de existir alguien que pudiera ejercer la defensa de los intereses del monarca en juicio, además de atribuirle la persecución de los delitos, y de supervisar la actividad de los jueces, fuera poco a poco asumiendo un rol mucho más protagónico en el proceso penal. Tras erigirse, con sus matices y asimetrías en los diversos países, en defensor de los intereses patrimoniales del monarca, poco a poco se fue convirtiendo a lo largo de los siglos en un colaborador general del juez a la hora de incorporar pruebas de la culpabilidad de quienes infringían las obligaciones económicas para con el monarca, y paulatinamente se fue trasformando en una pieza fundamental en el desarrollo del proceso, convirtiéndose en acusador público. Así, fue un periodo en el que se consagró la figura del Ministerio Fiscal como defensor de lo público,³⁶ que actuaba conjuntamente con el juez. Junto a él, para garantizar los intereses de los ofendidos o perjudicados se mantenía la figura del acusador particular, y en ciertos casos se permitía que terceros pudieran intervenir, dando lugar a la aparición de la acusación popular. No obstante, la prevalencia de lo público en sede penal supuso la conversión de la justicia penal en justicia pública.³⁷

En sede procesal penal, su misión esencial fue la sostener o no la acusación en el proceso, siempre que naturalmente hubiere fundamento para ello, y para alcanzar ese fundamento se requiere investigación. Desde la lógica procesal, quien acusa es quien debe conseguir el fundamento de la acusación. Cuestión diversa es cómo conseguirlo y sí está obligado a conseguirlo y a acusar en todo caso que concurren indicios de criminalidad. La teoría es más que clara y parece absolutamente razonable que el fiscal asuma la investigación, todo y que es un órgano del Estado, a quien la ley atribuye esta función, en cumplimiento de la legalidad, y esa función debe quedar, como parte parcial que es, fuera de la esfera del juez, quien debe tener atribuidas otras funciones en el sistema, que ofrecen las garantías pertinentes para que el

³⁶ ALONSO ROMERO, M. Paz, *Historia del proceso penal ordinario en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, p. 20.

³⁷ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia...*, cit., pp. 235-236.

proceso sea sólido. O lo que es lo mismo, quien acusa no debe sentenciar, de manera que será el órgano público del Estado el que ejercite la función acusadora –Ministerio Público– y el juez el que resuelva, sentencie, todo y que el hilo conductor entre ambas funciones es esencial para la tutela penal efectiva.³⁸

En ese proceso evolutivo, justificado claramente en la función que desempeña el Ministerio Público en el proceso penal, ha llevado a convertir la investigación penal en investigación en manos del Ministerio Público, todo y que con la colaboración directa de los Jueces de Garantías, que abandonan su posición de juez instructor para centrarse tan solo en aquellas decisiones que pueden afectar derechos y garantías, en cuyo caso es solo el juez el que puede adoptar o, en su caso, será el juez el que deberá controlar la decisión posible adoptada por el Ministerio Público. Ahora bien, esta disgregación de la investigación del juez y su atribución al Ministerio Público no siempre se ha realizado pacíficamente, dado que una de las objeciones que se esgrimen hace referencia a la excesiva dependencia del Ministerio Público respecto del Ejecutivo. Ciertamente es que, en todo caso, la atribución de la investigación al Ministerio Público no supone que es este el que materializa la investigación, sino la policía.

En la mayor parte de los sistemas procesales penales en la actualidad se ha optado por la atribución de la investigación penal al Ministerio Público, siempre con la estrecha colaboración del juez en lo que a garantías y derechos se refiere. En España, el modelo de investigación penal en manos del fiscal se produjo con la aprobación de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y posteriormente hemos venido asistiendo a un aumento considerable de atribuciones al fiscal en las diversas reformas que se han ido promulgando en el siglo XXI. Una de las últimas fue la que se introdujo mediante la Ley 41/2015, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que en sus artículos 803 *bis* a hasta el 803 *bis* j, introduce un “monitorio penal”, en línea con algunos otros países de Europa. En este proceso, por decreto el protagonismo del Ministerio Fiscal es innegable, dado que su labor lleva a poner fin a la fase de diligencias con la solicitud de finalización del proceso mediante sentencia condenatoria cuyo contenido sea el que se propone en su decreto. Se trata de un supuesto condicionado a que nos hallemos ante un supuesto hecho castigado con pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores; y asimismo debe tratarse de un proceso en el que no se haya personado ni acusación particular ni popular. Si el fiscal así lo estima pertinente, formulará un decreto mediante el cual presenta una propuesta de imposición de pena, remitiéndolo al juez, quien por último decide si continúa o no el proceso y si acoge o no la propuesta del fiscal.

En cualquier caso, observamos que estamos ante una clara manifestación de dos realidades que hemos ido exponiendo: por un lado, la búsqueda de la celeridad, de la eficiencia del sistema y, por otro, el mayor protagonismo que en el paisaje procesal penal está adquiriendo el Ministerio Fiscal, allende la función de acusador y averiguador de los hechos. Ejerce función de acusador (formulador de la acusación) o no (defensor de la legalidad que lleva a que no se acuse a quien no corresponde legalmente), lo que puede llevarle a solicitar el sobreseimiento de la causa o la absolución del acusado. Igualmente puede formular propuestas de resolución en determinados supuestos específicamente establecidos en la ley. En esta línea es en la que se muestra el texto del Anteproyecto español de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que apuesta claramente por el cambio del modelo,

³⁸ BARONA VILAR, Silvia, *Justicia global, globalización...*, cit., p. 172.

alterando no solo el proceso, sino la estructura organizativa del poder judicial, tanto respecto de fiscales como de jueces como del personal del poder judicial, sin olvidar el papel esencial que asume en la fase de la investigación la policía, eje sobre el que se cierne la actividad investigadora penal.

3.3.2. La policía

La policía se ha convertido en una pieza clave del proceso penal y más concretamente de la investigación criminal, tanto que su conocimiento específico en determinados sectores ha llevado a incrementar sus funciones en las leyes procesales (en España así se ha hecho en las reformas de los últimos años), dado que, más allá de las funciones propias de la policía de protección y defensa de la ciudadanía, también cumple funciones específicas a través de unidades especiales (Brigadas) como la UDYCO (delitos de droga y crimen organizado), UDEV (delincuencia especializada y violenta), UCIC (Unidad de Inteligencia Criminal), UDEF (delitos de índole económica y fiscal, blanqueo, corrupción), amén de la UIT (Unidad de investigación tecnológica). Este escenario no es solo propio de nuestro país, sino que puede afirmarse que es el panorama de la policía en la mayor parte de los países occidentales. Es indudable que se ha producido en la mayor parte de los países un aumento considerable de su protagonismo. Un protagonismo tanto en la vida en general como en el sistema penal, lo que no resulta paradójico, máxime si tenemos en cuenta el tremendo expansionismo de lo penal en la vida cotidiana de la ciudadanía. Y no solo nos ha acostumbrado, sino que venimos percibiendo que, a más control policial, más percepción de seguridad en nuestras vidas. Y esto ha revertido en la visión de la ciudadanía respecto de la policía, a quienes consideran esenciales en la vida y a quienes cada vez se valora más.

Por otra parte, es absolutamente innegable que el protagonismo de la policía en la investigación criminal, igualmente viene de su mejor y mayor capacitación para hacer frente a esa ráfaga de nueva y sofisticada criminalidad, que exige nuevas herramientas en la investigación, que demanda conocimientos antes absolutamente impensables. Y lógicamente, su papel es tan importante en la investigación criminal como en la prevención de la criminalidad, lo que supone actuar *ex ante* y actuar *ex post*, doble tarea para un cuerpo del Estado que cada vez más se ha convertido en pieza esencial de la tutela de la ciudadanía.

La policía asume nuevas técnicas de control del sospechoso, que afectan a su persona o a sus derechos (por ejemplo, el de comunicación, el de intimidad, el de libertad de movimientos), o su participación como agente provocador, o el empleo de las bases de datos personales en la investigación, incluso la actuación de los servicios de inteligencia en la actividad de la investigación (terrorismo, cibercriminalidad, bandas organizadas, etc.). Forman parte de nuestro paisaje habitual las actividades de videovigilancia, la grabación de comunicaciones telefónicas o electrónicas de cualquier medio (whats, emails, Skype), el levantamiento del secreto bancario, el agente provocador y el agente encubierto, el agente informático, el auxilio obligatorio de los operadores bancarios y financieros, entre otras. Son todas ellas diligencias que se han incorporado en las reformas procesales de los últimos tiempos³⁹ y permiten manejar un lenguaje armonizado de medidas de investigación, nacionales e internacionales, frente a esas modalidades de delincuencia organizada que trascienden los parámetros de investigación doméstica; medidas entre las que van a ir poco a poco ganando terreno aquellas

³⁹ Sobre las diligencias reguladas en la legislación española reciente puede verse GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuestas de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción”, *InDret* 1/2017, enero, pp. 5-58.

que son fruto de la aplicación de la inteligencia artificial, como el reconocimiento facial, por ejemplo.

3.3.3. El retorno de las víctimas a la justicia penal

La conformación del modelo procesal penal sin el protagonismo procesal de las víctimas ha acompañado las construcciones modernas del sistema jurídico y encontraba una justificación clara, la idea de evitar la venganza personal amén de la necesidad de determinar la acción del Estado (sociedad, comunidad, grupo) ante las afrentas que se consideraban las más reprochables desde el punto de vista colectivo, evitando que la persecución de estos hechos quedara en manos exclusivas de la víctima. De este modo, durante siglos, una larga historia jurídica, la víctima no fue parte del sistema penal. El delito se consideraba cometido contra el Estado y la sociedad, por lo que quien debía reaccionar era este y no las víctimas directas. Se trataba con ello de paliar la venganza que propiciaría si se dejara en manos de las víctimas la reacción frente al delito. Era un avance en la conquista de la civilización. La esfera de lo penal se mostraba por ello como componente de lo público, controlado por el Estado y sus órganos, sin perjuicio de posibles reacciones de las personas ofendidas a través de cauces diversos y vías adecuadas para ello; pero la reacción frente a aquellos hechos que se consideraban delitos era competencia del Estado.

Avanzada la segunda parte del siglo XX se atisbaban algunos cambios en relación con la situación descrita. La frustración y el desencanto de las víctimas ante la respuesta del Estado frente a los delitos generaron poco a poco una percepción que caló en diversos movimientos o grupos. Se cuestionaba el modelo tal como estaba configurado y la ausencia de las víctimas en este. Aparece lo que se vino denominando como la necesidad de avanzar hacia el “redescubrimiento” de la víctima. Un redescubrimiento que desde la victimología se consolidó para ir paulatinamente abandonando la idea de que las víctimas eran y debían seguir siendo las grandes olvidadas del Derecho penal. Se luchaba por extraer a las víctimas de la *nada (vacío) legal*⁴⁰ donde se encontraban, para hacerlas visibles en sede penal, propiciándose una suerte de efecto pendular de la ausencia a la presencia.⁴¹ Hacerlas visibles no implica sustituir la función tuitiva del Estado en la persecución de los hechos y la posible condena o declaración de inocencia, sino ir poco a poco integrando a las víctimas como parte de la función tuitiva penal del Estado. Insistimos en que la concepción que defiende la integración de las víctimas en la justicia penal no defiende la sustitución del *ius puniendi* del Estado por un *ius* de la víctima. De ser así, se dejaría totalmente en manos de las víctimas la persecución de los hechos delictivos y los límites de las consecuencias jurídico-penales que pudieren imponerse como consecuencia de la comisión de estos hechos, lo que propiciaría o podría hacerlo una suerte de idea de venganza como función esencial a desarrollar en el proceso penal.

Esa nueva visión ha dado soporte a la aparición de normas en los diversos ordenamientos jurídicos,⁴² que 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. Es

⁴⁰ En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, a la que se refiere FATTAH, Ezzat A., “From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change”, en *Annales Internationales de Criminologie*, 29, No. 112, 1991, p. 45. Se tradujo al alemán este mismo término como *rechtlichen Nichts*, al que se refiere KILCHLING, Michael, *Opferinteressen und Strafverfolgung*, p. 1.

⁴¹ BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, p. 96.

⁴² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Víctima del delito y Europa”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, No. 17, 2015, pp. 100-129. También, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*.

decir, se ha ido consolidando una tendencia legislativa a incorporar la protección de las víctimas –y no solo de las víctimas directas, sino también de las indirectas, e incluso de las víctimas potenciales–, a darles participación preprocesalmente e intraprocésalmente, así como, incluso, en el ámbito de aplicación del sistema penitenciario, su memoria debe ser respetada, su angustia debe ser expresada, sus miedos localizados. etc. Esto altera las bases del sistema y provoca no pocas cuestiones de desequilibrio que no hay que olvidar.

Se ha alcanzado esa visibilidad real de las víctimas en la sociedad. Asistimos a la aprobación de normas que establecen oficinas de atención a las víctimas, que configuran políticas públicas para víctimas especialmente vulnerables, mayor información a las víctimas, mayor protección a estas, mayor sensibilidad. Todo ello, lejos de considerarlo negativo es positivo, refleja una reversión del modelo y una conciencia de que detrás del ordenamiento hay personas a las que proteger. La protección de las víctimas era probablemente una asignatura pendiente en los sistemas penales. La atribución de derechos y la garantía de intervención en el proceso penal es una realidad hoy indiscutible. Y así se ha ido haciendo. En el anverso de estas conquistas podemos encontrar su lado “perverso”, a saber, la posible manipulación del discurso províctima. El populismo y la manipulación de las víctimas puede propiciar una nueva política criminal altamente peligrosa, al construirla sobre el “otro”, el enemigo (terrorista, maltratador, pedófilo, etc.), y que propicie la defensa de las víctimas a cambio de un inhumano endurecimiento de la respuesta penal frente a los hechos delictivos (se alargan penas, se recupera la cadena perpetua o la pena de prisión permanente revisable, se habla incluso de recuperar penas corporales como la castración para violadores...). Resumidamente, no puede defenderse la tutela de las víctimas a costa de un endurecimiento perverso e inhumano de las respuestas penales.⁴³ Esto es venganza, uso y abuso del sistema penal, populismo punitivo, y sobre todo caldo de cultivo de más violencia, más agresión y más frustración.

En Europa ha sido importante el impulso desde la Unión Europea de la protección de las “víctimas”: la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, vino a consagrar sus derechos, esto es: derecho a entender y ser entendido; derecho a recibir información desde el primer contacto con autoridad competente; derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia; derecho a recibir información sobre su causa; derecho a traducción e interpretación; derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas; amén de una serie de derechos en el desarrollo del proceso penal (derecho a ser oído, derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento, derecho a la justicia reparadora, derecho a la justicia gratuita, derecho al reembolso de gastos, derecho a la restitución de bienes, derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal, derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro), así como se elabora un capítulo de acciones y derechos para la protección de las víctimas y el reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial (evitando el contacto con el infractor, protección durante la investigación, derecho a la intimidad, etc.). Esta Directiva es la que ha propiciado la larga lista de modificaciones legales nacionales.

3.3.4. Equipo técnico de mediación

⁴³ AMELUNG, Knut, ‘Auf der Ruckseite der Strafnorm, Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation’, en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Eser*, p. 3 y ss.

En sede de la justicia penal, igualmente han comenzado a adquirir un protagonismo algunos profesionales que pueden desplegar su función en el escenario procesal penal. Así, podemos considerar que, como consecuencia de la incorporación de la mediación penal como pieza de la justicia penal, intervienen en ella equipos técnicos constituidos por psicólogos, asistentes sociales, fiscales, que manejan las herramientas mediadoras para favorecer los canales de comunicación entre el presunto autor y la presunta víctima, facilitando un posible acuerdo reparatorio con consecuencias en el proceso penal. Un acuerdo que deberá incorporarse al proceso penal, donde podrá, en su caso, propiciar consecuencias jurídicas procesales.

3.3.5. Empresas de gestión privadas de prisiones

Entre las transformaciones de la justicia penal que venimos observando –en España no, pero sí en otros países de nuestro entorno– emerge un componente absolutamente contrario a la razón de ser y naturalización del sistema penitenciario, esto es, la aparición de prisiones privadas y/o de gestores privados de prisiones. Se ha producido la incorporación del sector privado en el modelo de prisiones al surgir prisiones privadas, en las que no solo la gestión queda en manos de empresas, sino que incluso las convierten en negocio,⁴⁴ contratando con compañías de seguridad que no son las fuerzas públicas del Estado, sino detrás de las cuales hay empresarios que manejan espacios, centros, lugares en los que desarrollar el cumplimiento del régimen penitenciario. Es más, en ciertos casos, como ha sucedido en los países nórdicos, se ha arrendado celdas en sus establecimientos penitenciarios (públicos), para recibir a presos de otros países (cuyas prisiones están saturadas), es decir, una relación jurídica arrendaticia (privada) para el cumplimiento de una función pública (hacer posible la ejecución de una sentencia privativa de libertad con todas garantías).

Se produce un fenómeno de “privatización de las prisiones”, lo que casa muy bien con el modelo de Estado mínimo que tanto insufla la globalización y su modelo económico de búsqueda de eficiencia que afecta a las “maneras” de gobernanza penitenciaria, en aras de una reducción del gasto público.⁴⁵ Se trata, a mi parecer, de una manifestación no ya de la liquidez del proceso de ejecución penal, sino de su “liquidación”. Se licua el modelo y con ello se está impidiendo el cumplimiento de la condena de acuerdo con el régimen penitenciario establecido, con posibilidad de beneficios penitenciarios, que obviamente, en un modelo líquido de cárceles privadas es imposible aplicar.⁴⁶

3.4. Tercera consecuencia: incorporación de la tecnología, algoritmos e inteligencia artificial en la investigación

Como hemos venido reiterando, la sociedad global, sofisticada, tecnológica, digital, líquida, fluida, célere, no solo ha propulsado el cambio de protagonistas en el sistema procesal penal sino que, en concreto, en la investigación requiere de instrumentos nuevos, nuevas diligencias

⁴⁴ Han surgido en algunos países el denominado *correctional business*, que permite dirigir y gestionar la prisión como si de una empresa o una multinacional se tratara, a saber, mediante los beneficios que se obtienen como consecuencia del trabajo de los internos, con rentabilidad en los mismos derechos de los internos, e incluso en algunos casos cotizando en bolsa algunos institutos penitenciarios privados. Es aplicar la idea del coste-beneficio, y por tanto la rentabilidad en el ejercicio de la función privada de gestión de prisiones. Puede verse, ZOLO, Danilo, “Globalizzazione carceraria. L’esplosione del carcere negli Stati Uniti e in Europa”, *Il Manifesto*, 30 marzo 2006.

⁴⁵ AMAN, Alfred C.; C.J. GREENHOUSE, “Prison privatization and Inmate Labor in the global Economy: Reframing the debate over private prisons”, *Fordham Urb. L.J.*, Vol. XLII, 2014, p. 356 y ss.

⁴⁶ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia...*, cit., p. 576.

de investigación, que poco a poco se han ido incorporando a los sistemas jurídico-procesales (basta pensar en la reforma española de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica). El objetivo: conseguir una investigación penal eficiente, ágil, adecuada a la realidad que nos acompaña, aunque ello implique en ciertos casos pérdida de libertades, derechos y garantías.⁴⁷

Es indudable que nos hallamos en la era digital. El mundo digital nos acompaña en numerosas acciones diarias, en nuestras relaciones personales, profesionales, de consumo, etc., y ha instalado una cultura de la comunicación propia de la sociedad globalizada. En esa mutación, las tecnologías también han penetrado en la comisión de delitos, en los elementos del tipo, en los ámbitos territoriales de perseguibilidad de los hechos delictivos, en los protagonistas que los investigan, en los medios que se emplean y un largo etcétera. Simplificando enormemente, podríamos considerar que irrumpe con la globalización tanto la cibercriminalidad como la investigación digital, lo que arrastra la capacitación de quienes manejan y dirigen las investigaciones en aras de adquirir las herramientas para manejarse en el mundo digital y que esto no transgreda los límites legal y constitucionalmente establecidos que garantizan los derechos fundamentales de las personas. Todo un cóctel francamente complejo que exige de una enorme reflexión para incorporar en los códigos procesales penales, las reglas de actuación y sus límites.

Instrumentos electrónicos y programas informáticos nos inundan. Permiten realizar actuaciones jurídicas de todo tipo. Y en esas acciones también algunas de ellas forman parte de ese reproche penal, en cuanto vienen a convertirse en la cibercriminalidad o ciberdelincuencia que nos acompaña. Hemos asistido a una fácil adaptación de la delincuencia al ciberespacio y a los avances tecnológicos⁴⁸ y con ello a un aumento exponencial de esta.⁴⁹

Ya no hablamos de instrumentos de futuro o futuribles, cuando podemos contar con los enormes avances que la técnica y la tecnología han supuesto para la mejora de la dactiloscopia, la balística, el reconocimiento del iris como método de autenticación biométrica, así como los denominados sistemas biométricos de identificación de rostros o reconocimiento facial, o de bultos sospechosos sin palparlos, entre otros, con múltiples programas informáticos (podemos pensar en los denominados programas de “espías” y “troyanos”, que pueden instalarse de forma remota desde otro ordenador) que permiten grabar no solo todo el teclado de un ordenador, sino también captar sus emails, conversaciones de chats y sitios visitados, informaciones encriptadas, en blogs, en whats, obtener imágenes y videos, y desde ahí mantener una información periódica, que se remite a otra cuenta de correo electrónico previamente configurada. Igualmente, estos programas permiten controlar en tiempo real los movimientos bancarios o de los gastos a través del uso de las tarjetas de crédito, o aquellos que trabajan indistintamente con *software* y con *hardware*, como sucede por ejemplo con el *software* de reconocimiento de voz, que incorpora una serie de *hardware* como auriculares, pedales y micrófonos que incrementan las posibilidades de la herramienta; la utilización de equipos de audio e imágenes térmicas, que permiten conocer la vida de las personas en un domicilio obviamente sin estar en él; la posibilidad de las cámaras IP de videovigilancia con activación remota; los georradars o las balizas de radio para seguir a

⁴⁷ BARONA VILAR, Silvia, *Justicia global, globalización...*, cit., p. 190.

⁴⁸ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*, Madrid, p. 10.

⁴⁹ Una reflexión general sobre estas cuestiones: BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*.

aeronaves, embarcaciones, incluso vehículos; los escaneos corporales; las pulseras electromagnéticas; los GPS como localizadores de un concreto dispositivo, y un largo etcétera. Todos ellos han entrado en el mundo de la investigación e imprimen un estado de tensión permanente en el conocimiento y manejo de estos. Pero han llegado para quedarse y continuar en una línea de evolución, perfeccionamiento y adaptación, que exigirá una constante revisión legislativa que los habilite. Y en esa revisión converge el equilibrio entre los derechos y la eficiencia de su empleabilidad. En ese equilibrio entre derechos-seguridad hay que considerar la necesaria proporcionalidad que debe concurrir en su aplicabilidad.

En España, fue la aprobación de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, la que ha regulado estas nuevas diligencias de investigación tecnológicas, convirtiéndose en la norma habilitante para ello. Incorpora a este respecto: 1) el agente encubierto informático; 2) la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas que había venido propulsando una copiosa jurisprudencia, que sin negar la realidad, sí se mostraba contraria ante la falta de una norma habilitante garantizadora de derechos y equilibradora de estos; 3) la captación y grabación de comunicaciones orales por dispositivos electrónicos; 4) los dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen; 5) el registro de dispositivos de almacenamiento masivo; 6) el registro remoto sobre equipos informáticos.

Lo más importante de la regulación de estas diligencias es la exigencia de unas condiciones, establecidas en la ley, cuales son: autorización judicial basada en los principios de especialidad –en relación con determinados delitos–, lo que no es óbice a la permisibilidad cada vez mayor de la realización de estas intromisiones por la policía judicial sin resolución judicial (altamente preocupante), siempre que quede justificada para la realización de determinadas prácticas que se constituyan necesarias para garantizar la investigación; idoneidad –determinando en la resolución el ámbito objetivo-subjetivo y temporal–; excepcionalidad y necesidad de las medidas (solo cuando no concurren medidas menos gravosas y sean efectivamente necesarias para la investigación); y proporcionalidad a la hora de su adopción, con ponderación entre interés público e interés de la persona.

3.5. Cuarta consecuencia: minimización del proceso, de sus estructuras, mediante los principios de oportunidad, discrecionalidad y consenso

Ante la inmensidad que comporta la expansión del Derecho penal, se ha trasladado a sede procesal penal las consecuencias de la aplicación *prima ratio* de aquel. Esto ha propiciado un movimiento expansivo de búsqueda de salidas del proceso penal, en unas ocasiones por aplicación del principio de oportunidad, en otras por principio de discrecionalidad del Ministerio Público y en otras, como resultado de procedimientos de consenso, que permiten favorecer a la víctima y al victimario.

Por una u otra razón, es indiscutible que estamos ante una nueva manera de armar el entramado procesal, con salidas, abreviaciones, premios, consensos, que repercuten no solo en la celeridad, sino también en las garantías y en las consecuencias jurídicas, además de condicionar la respuesta penal frente al delito.

Cierto es que el timón que mueve las numerosas reformas que se han venido dando ha sido la búsqueda de la celeridad,⁵⁰ un principio que responde ideológicamente más a los valores de la globalización y la necesaria eficiencia que a la protección de quienes se hallan directamente afectados en las causas penales, como sujetos pasivos del proceso, amén de quienes actúan en el proceso como operadores jurídicos. Así, frente a la consideración de que un proceso inoperante, ineficaz y lento no ofrece una solución justa, se busca un modelo procesal que emane justicia, entendiéndose para ello imprescindible asumir como punto de partida la búsqueda de la celeridad y de la eficiencia del sistema. Lo que ya no está tan claro es que la justicia y la celeridad puedan ir siempre y necesariamente de la mano.⁵¹ Ello no es óbice a la insistente necesidad, proclamada por los tribunales y muy especialmente reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con la duración excesiva del proceso, que, desde lo proclamado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Estados deben legislar para incorporar mecanismos que permitan favorecer el acortamiento del proceso, convirtiendo su duración en realmente razonable, siendo conscientes de que plazo razonable no es plazo corto. Una puntualización merece, sin embargo, destacarse al respecto: cuando se hace referencia en la constante jurisprudencia del TEDH a la necesidad de un plazo razonable, no comporta ello en absoluto un plazo corto. Para poder apreciar el carácter razonable de un plazo se deducen de la jurisprudencia una serie de condicionantes tales como la complejidad del asunto, el comportamiento de los requirentes, o el comportamiento de las autoridades competentes.⁵²

Las soluciones legislativas han venido de la mano de la implantación de límites temporales al procedimiento preliminar, ora fijando un periodo de tiempo máximo ~~para la misma~~, sin que su incumplimiento sistemático vaya más allá de una posible amonestación, ora con consecuencias, a saber, el archivo del proceso con efectos de cosa juzgada (sobreseimiento libre). En suma, hay una tendencia a conjugar dos criterios, la proporcionalidad y la razonabilidad, que permitan trabajar con eficiencia y justicia para alcanzar ambas complementariamente, lo que no siempre es posible; o lo que es lo mismo, mantener el equilibrio entre los conceptos libertad-seguridad, ciudadano-sociedad, garantías-celeridad.

Vamos a hacer referencia a algunas de las soluciones que se vienen consagrando en los sistemas jurídico-procesales.

3.5.1. Reformulación de estructuras procesales y de algunas instituciones procesales

Una de las soluciones es reformular los procedimientos, incorporando toda suerte de atajos, favorecer acuerdos, pactos, conformidades, y dar entrada incluso a instrumentos complementarios como la mediación, que abren una bocanada de aire para las víctimas, victimarios y para la justicia en general y sobre todo, son altamente aceptados en la actualidad, incluso por los escépticos de la justicia restaurativa, pero no ya por convencimiento ideológico y político, sino por una razón efectivista, de utilidad, dado que permite reducir, acortar, abaratar y ofrecer una respuesta “eficiente” en el modelo de justicia. Asistimos a esa búsqueda del “menos proceso”, paradójicamente con el “más derecho penal”; presenciamos un escenario de casi una pandemia legislativa procesal global, las normas se

⁵⁰ BARONA VILAR, Silvia, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, e igualmente, “La justicia penal y la celeridad: luces y sombras”, *Anuario de Derecho Penal*, Lima, Perú, 2003.

⁵¹ BARONA VILAR, Silvia, *Justicia global, globalización...*, cit., p. 206.

⁵² Sobre estos componentes, vid. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Variaciones sobre la Sentencia de 23 de junio de 1993, Asunto Ruiz-Mateos v. España*, pp. 234-238.

sucedan de forma inconexa, a toda velocidad, tratando de reducir tiempos de los procedimientos. Hay un lema presente, *la procedura deve avanzare velocemente*.⁵³ Y para alcanzar este objetivo las técnicas empleadas son de doble naturaleza:

1. Por un lado, se reformulan los procedimientos existentes y se crean nuevos, abreviados y rápidos, incluso los denominados “justicia del mazo”. En ocasiones se atenúa la obligación de motivar algunas resoluciones, se limitan o restringen los medios de impugnación, la composición de los miembros del tribunal en algunas cuestiones se reduce, optimizando así al órgano jurisdiccional; se permite la concentración de causas referidas a determinados sujetos en determinados órganos (generando una suerte de competencias especializadas y especiales cada vez más amplia), y se fomenta la estrecha vinculación del Derecho preventivo (policial) que, bajo el abrigo del proceso penal, construye, en palabras de NAUCKE, una arquitectura de la seguridad⁵⁴. Basta pensar en las nuevas y sofisticadas “medidas cautelares”, que tienen poco de cautelares, y mucho de medidas preventivas o de seguridad.
2. Por otro lado, se incorpora la oportunidad procesal en las constantes reformas procesales (universalmente), que abrigan los pactos, los acuerdos, que favorecen ora los contenidos de las sentencias que deban dictarse, ora las decisiones de archivo, con la aquiescencia de todos los operadores jurídico-penales.

3.5.2. La conformidad-negociación, manifestación del principio de oportunidad

Se ha consolidado en los ordenamientos jurídicos la posibilidad de la conformidad del acusado, una suerte de acuerdo-negocio entre acusado y el acusador (Ministerio Público), con una aceptación de la pena a cambio de una posible reducción de la pena. En consecuencia, la aceleración de los procedimientos no solo viene de la mano de la reducción y abreviación de trámites, sino también a través de una potenciación de instituciones como la justicia penal negociada. Exponente de esa justicia penal negociada es la conformidad, clara manifestación de la oportunidad, motivándose en una reducción de causas penales o su clara abreviación, amén de por la utilidad social o pública que este conlleva.⁵⁵

Este principio de oportunidad se ha justificado en las legislaciones procesales de forma diversa⁵⁶ y con manifestaciones diferentes, como la posibilidad de los *plea-bargaining*⁵⁷ americanos entre acusación y defensa, declaración de culpabilidad del acusado a cambio de una reducción de cargos y de la pena. En Alemania, el *Absprache*, a través del cual se fue incorporando una suerte de negociación igualmente, que permitía aceptar una manifestación de la oportunidad regulada en la *StPO*, amén de favorecer incluso en los supuestos de escasa lesión social producida por el delito que se pudiese solicitar sobreseimiento por falta de interés público en la persecución penal. En Italia, primero el *patteggiamento*, y posteriormente la *applicazione della pena su richiesta delle parti* ofrecían esa justicia negociada penal, todo y que se viene sosteniendo que, en ciertos casos, y para evitar los

⁵³ NAUCKE, Wolfgang, “La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza”, en Donini/ Pavarini, *Sicurezza e Diritto Penale*, p. 86.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 86.

⁵⁵ ARMENTA DEU, Teresa, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, *Poder Judicial*, No. 41-42, 1996, pp. 53-86.

⁵⁶ Un estudio comparativo puede verse en BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad del acusado en el proceso penal*.

⁵⁷ BARONA VILAR, Silvia, “El consenso en el proceso penal americano”, *Revista general del derecho*, No. 591, 1993, pp. 1167-11709.

efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, se pudiera oportunamente proceder a sustituir la pena privativa de libertad por otra (multa, por ejemplo).

En España, un país en el que se comenzó con manifestaciones de *diversión* y de *probation*, con permisibilidad de la sustitución de la pena privativa de libertad por otra, la suspensión de la pena, el posible indulto o la amnistía, el posible perdón del ofendido, la concesión de la libertad condicional por motivos laborales, culturales u ocupacionales, la incorporación paulatina pero cada vez más real de la “reparación”, la aparición de la *restorativa justice* y con ella la regulación de instrumentos restaurativos, entre ellos la mediación penal, para relajar la estricta aplicación de la legalidad penal y la permisibilidad de su modulación por ciertas conductas, actos e instituciones soportados en esa incorporación del principio de oportunidad regulado en la ley, han ido extendiendo y expandiendo la cada vez más necesaria incorporación de la conformidad y los acuerdos negociados en la justicia penal. Pese a que en el texto originario de la LECRIM 1882 se regulaba la conformidad (artículos 655 y 688), hubo que esperar, sin embargo, a la reforma de 1988 para que se facilitara su uso y se afianzara en nuestro sistema, como se hiciera previamente en Italia en la década de los años ochenta con el *Codice di procedura penale*,⁵⁸ y Alemania, que la incorporó bastante más tarde en la *StPO* (ya en la década de los noventa).

Las bondades de la conformidad para el “sistema” en general (fiscales, jueces, acusados, presupuesto público, etc.) favorecieron un uso de la conformidad allende los límites legales, pese a su incorporación como manifestación de la oportunidad reglada, con la aquiescencia de todos los sujetos del proceso. Se presenta como una *premiabilità negoziata*⁵⁹, un premio que el Estado otorga al imputado consistente en la disminución de la pena y otras ventajas de carácter secundario, si renuncia a ciertos derechos procesales favoreciendo, de este modo, una solución anticipada de la causa penal.

3.5.3. La mediación penal y la justicia restaurativa

La mediación es un procedimiento instrumental a través del cual esencialmente se puede desarrollar la denominada justicia restaurativa, que nació como corriente de filosofía restitutiva o restaurativa, aportando un modo de repensar la justicia penal, desde la que se otorga la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación que se pudiere haber causado. Se empodera a la víctima, sin que ello implique una aniquilación del presunto victimario.⁶⁰ Supone la inoculación de nuevos elementos que llevan a *repensar la justicia penal*,⁶¹ a un replanteamiento a algunos de los postulados que a lo largo de la historia estuvieron ya presentes, y de alguna manera el punto de inflexión se halla en el significado y sentido que se dé en los ordenamientos jurídicos a la reparación en el sistema

⁵⁸ BARONA VILAR, Silvia, “La conformidad en el proceso penal italiano: *applicazione della pena su richiesta delle parti*”, *Revista de derecho procesal*, 1994-1, pp. 45-80.

⁵⁹ ORLANDI, Renzo, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, Testo della relazione svolta al XXIII Convegno E. de Nicola su “Sistema sanzionatorio: *effettività e certezza della pena*”, Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, publicado en AA.VV., *Sistema sanzionatorio: *effettività e certezza della pena**, p. 258.

⁶⁰ BRAITHWAITE, John, “Principles of Restorative Justice”, en A. von Hirsch y J. Roberts (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, p. 1, considera la justicia restaurativa como un planteamiento vital, un estilo diverso de vida, dado que no solo se concibe como una aportación hacia la reforma del sistema de justicia criminal, sino que *es un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestro estilo de vida, nuestra conducta en el ámbito laboral y la manera de actuar de los políticos*.

⁶¹ BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal...*, *cit.*, p. 119.

penal.⁶² No se pretende que el delito deje de ser una ofensa social para convertirse en un conflicto individual, la sustitución del interés social por el de la víctima, sino su convivencia mutua.

El impulso de la justicia restaurativa propició, en primer lugar, la incorporación de la reparación en los Códigos penales. A título de ejemplo, en España la reparación es, por un lado, atenuación de la pena (artículo 21.5 CP), pero también permite la suspensión de la condena (artículo 81.3 CP) o la sustitución de la pena privativa de libertad por otra, o la concesión de indulto, o el adelantamiento de la libertad condicional (artículo 91.2). Los ordenamientos han comenzado a introducir la reparación como pena. Y, amén de los esfuerzos nacionales, la motorización de la Unión Europea en esta materia, de la mano del eje protector “las víctimas”, ha sido esencial. Las referencias a la protección de estas, sus derechos, los servicios de justicia restaurativa, y un largo etcétera, han sido de una u otra forma recogidos en las normas europeas, como consecuencia de la necesaria adaptación de estas a la Directiva comunitaria de 2012. A título de ejemplo, se puede citar la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (España) que, amén de incorporar la Directiva Europea, introduce en el artículo 15 lo que se regula como *Servicios de justicia restaurativa*, referidos esencialmente a la posibilidad, con consentimiento de víctima y de infractor, de acudir al procedimiento de mediación. En el mismo sentido, Alemania lo hizo con la 3. *Opferrechtsreformgesetz* de 21 de diciembre de 2015; Gran Bretaña lo hizo con la *Criminal Justice and Courts Act 2015*, en relación con la *Domestic Violence, Crime and Victims Act (2004)*, que incorporó disposiciones para proteger a las víctimas y a la sociedad en general. Igualmente, en Italia se aprobó en el año 2015, el Decreto legislativo de 15 de diciembre 212/2015, con el fin de incorporar las normas de la Directiva 2012/29/UE.

Con este marco jurídico, el modelo restaurativo se presenta como el instrumento que permite equilibrar la trilogía subjetiva del sistema penal: víctima-infractor-sociedad. Ofrece respuestas desde las personas, trabajando el reconocimiento del otro, favoreciendo una bocanada de aire fresco en el reconcentrado modelo cada vez más retributivo, inspirado en una desconfianza hacia el ser humano, en el miedo, el pánico, el desconcierto, el control y la búsqueda desesperada de la seguridad a través del ultrapunitivismo. Abrir la puerta a la comunicación, al diálogo, al reconocimiento del otro, a la búsqueda de la integración, no disgregación, solo puede merecer nuestro apoyo y nuestra (todavía) confianza en el sistema. Merece, cuanto menos, su consideración en esta sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada.⁶³

El instrumento a través del cual se materializa la función restaurativa y su incorporación al proceso penal es la mediación penal. Ahora bien, no es ni un medio contrapuesto ni alternativo al proceso, sino complementario del mismo. Y a través de este procedimiento en el que intervienen víctima-victimario-mediador se puede dar debido cumplimiento a las tres funciones del Derecho penal: la preventiva, la resocializadora y la restaurativa.

Entre las notas que nos permiten caracterizar la mediación penal podemos citar:

⁶² *Ad extensum*, DOMENIG, Claudio, *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, especialmente, pp. 138-152.

⁶³ BARONA VILAR, Silvia, “Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)”, en Juan Luis Gómez Colomer (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, Vol. I., pp. 202-203. Igualmente, BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia...*, cit., p. 614.

1. La mediación no es un proceso, sino un procedimiento extrajudicial, en virtud del cual víctima e infractor –se entiende siempre desde la presunción de víctima y presunción de infractor–, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de la causa penal, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador (o equipo mediador), reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio en el que se trabaja con elementos como diálogo y reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil.
2. Su fundamento es la libertad, *la decisión libre de las partes de querer someterse a mediación*. Esto no altera el principio de oficialidad que rige en materia penal.
3. El procedimiento debe ser *flexible*, pero *con garantías*, en cuanto se respeten los derechos de igualdad, contradicción, derecho de defensa o presunción de inocencia, garantizando la tutela realmente efectiva de los ciudadanos.⁶⁴ Serán esas garantías, como apunta VON SCHLIEFFEN,⁶⁵ las que presentarán la mediación como una manifestación de hacer justicia, si bien no como una vía contra la justicia penal clásica (proceso penal).
4. El procedimiento de mediación es un perfecto complemento del proceso penal. No se trata de sustituir un modelo por otro,⁶⁶ sino de alcanzar la integración de la mediación en el modelo de justicia penal.⁶⁷ Se produce lo que algún autor ha denominado en la doctrina como el *model of cooperation* producto del concepto sociológico del *reflexive law*, que debe llevar a la integración de ambas funciones como perfectos convivientes, determinando los *criteria* que deben servir para acudir a una u otra vía. De ahí que en los Códigos procesales penales se regulen normas que suponen la imbricación del sistema mediador con el procesal (así lo hace el texto del Anteproyecto de LECRIM 2020 español).
5. Se convierte –y consagra en los sistemas jurídicos– en una modalidad de tutela del ciudadano. Su fin en el marco de la consecución de la tutela penal es la obtención de la reinserción, la reparación y la paz social, todos ellos elementos de la justicia restaurativa.⁶⁸ Un instrumento del instrumento, que es el proceso penal.
6. Los elementos subjetivos de la mediación componen la denominada trilogía subjetiva: el mediador, tercero neutral e imparcial, y las partes –presunta víctima y presunto

⁶⁴ TRANKLE, Stefanie, *Im Schatten des Strafrechts. Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleich und der französischen "médiation pénale" auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen*, p. 43.

⁶⁵ VON SCHLIEFFEN, K. Grafín, "Mediation im Rechtsstaat – Chancen einer neuen Konfliktordnung", en Frithof Haft y K. von Schlieffen (eds.), *Handbuch Mediation*, p. 176.

⁶⁶ Pese a la consideración por algunos autores como *la vía penal del siglo XXI*, GALAWAY, Burt, "Prospects", en Wright/Galaway (eds.), *Mediation and Criminal Justice (Victims, Offenders and Community)*, p. 275.

⁶⁷ Sobre esa necesidad integradora de los conceptos y la incorporación legal y en política criminal de la justicia restaurativa y con ella de la mediación penal, puede verse la obra de DOMENIG, Claudio, *Restorative Justice...*, *cit.* En general, toda la obra es una propuesta de integración. Especialmente interesantes son las pp. 324-326.

⁶⁸ *Vid.* mi obra *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*.

victimario—. La víctima es la persona que presuntamente ha sufrido las consecuencias del delito y el victimario es la persona presunta autora de los hechos delictivos.

Referencias bibliográficas

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

ALONSO ROMERO, M. Paz, *Historia del proceso penal ordinario en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Serie Resúmenes de Tesis Doctorales, 1979.

AMAN, Alfred C., C.J. GREENHOUSE, “Prison privatization and Inmate Labor in the global Economy: Reframing the debate over private prisons”, *Fordham Urb. L.J.*, Vol. XLII, 2014, p. 356 y ss.

AMELUNG, Knut, “Auf der Ruckseite der Strafnorm, Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation”, en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Eser*, München, 2005

ARENDETT, Hannah, *Men in Dark Times*, New York, 1968.

ARENDETT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, New York, Schocken Books, 2004.

ARMENTA DEU, Teresa, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, *Poder Judicial*, No. 41-42, 1996, pp. 53-86.

BARONA VILAR, Silvia, “El consenso en el proceso penal americano”, en *Revista general del derecho*, No. 591, 1993, pp. 1167-11709.

BARONA VILAR, Silvia, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1994.

BARONA VILAR, Silvia, “La conformidad en el proceso penal italiano: *applicazione della pena su richiesta delle parti*”, *Revista de derecho procesal*, 1994-1, pp. 45-80.

BARONA VILAR, Silvia, “La justicia penal y la celeridad: luces y sombras”, *Anuario de Derecho Penal*, Lima, Perú, 2003.

BARONA VILAR, Silvia, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.

BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, tirant lo blanch, Valencia, 2011.

BARONA VILAR, Silvia, “Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)”, en Juan Luis Gómez Colomer (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, Vol. I, Universitat Jaume I, Col·lecció Estudis Jurídics, No. 22, 2015.

- BARONA VILAR, Silvia, “‘Justicia integral’ y ‘Access to Justice’. Crisis y evolución del ‘paradigma’”, en Silvia Barona Vilar (ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal líquida”, *Revista Teoría y Derecho*, tirant lo blanch, diciembre, 2017.
- BARONA VILAR, Silvia, “Proceso civil y penal ¿líquido? en el siglo XXI”, en Silvia Barona Vilar (ed.), *Justicia Civil y Penal en la era global*, tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- BARONA VILAR, Silvia, “De la sociedad líquida a la justicia penal líquida”, *Revista Ius Puniendi*, noviembre-diciembre 2017.
- BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- BARONA VILAR, Silvia, “Retrato de la Justicia civil en el siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018, pp. 416-446.
- BARONA VILAR, Silvia, *Justicia penal, globalización y digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.
- BARONA VILAR, Silvia, “Justicia Penal desde la globalización y la posmodernidad hasta la neomodernidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, No. 27, enero 2019, pp. 22, 30-34.
- BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- BRAITHWAITE, John, “Principles of Restorative Justice”, en A. von Hirsch y J. Roberts (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2003.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 1, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco, “Cenerentola”, en *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1946, p. 73 y ss.
- DOMENIG, Claudio, *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Haupt, Bern/Stuttgart/Wien, 2008.
- DONINI, Massimo, “La sicurezza come orizzonte totalizante del discorso penale”, en *Sicurezza e Diritto Penale* (a cura de M. Donini y M. Pavarini), Bononia University Press, Bologna, 2011.
- ESMEIN, Adhémar, *History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France*, 1968.

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Variaciones sobre la Sentencia de 23 de junio de 1993, Asunto Ruiz-Mateos v. España*, Comares, Granada, 1996.
- FATTAH, Ezzat A., “From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change”, en *Annales Internationales de Criminologie*, 29, No. 112, 1991, p. 45.
- FERRAJOLI, Luigi, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- FOSTER, Caroline E., *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, CIP, Cambridge, 2011.
- GALAWAY, Burt, “Prospects”, en Wright/Galaway (eds.), *Mediation and Criminal Justice (Victims, Offenders and Community)*, Bristol, 1989.
- GARLAND, David, *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso, II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, EJEA, Buenos Aires, 1961.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Víctima del delito y Europa”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, No. 17, 2015, pp. 100-129.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuestas de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción”, en *InDret 1/2017*, enero, pp. 5-58.
- HASSEMER, Winfred, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno” (trad. Larrauri y Mainecke), ADPCP, 1992, p. 235 y ss.
- HASSEMER, Winfred, “Sicherheit durch Strafrecht”, en *Straverteidiger*, 2006, pp. 321 y ss, p. 328.
- HOBBSAWM, Eric J., *Guerra y paz en el siglo XXI*, Crítica, Barcelona, 2007.
- IGNOR, Alexander, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland*, Schäffer, Paderborn-München, 2002.
- KILCHLING, Michael, *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Edition Iuscrim (MPI), Freiburg, 1995.
- KUHLEN, Lothar, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”, en Francisco Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.

- LEFEBRE, Henri, *Introducción a la modernidad*, Tecnos, Madrid, 1971.
- LIPOVETSKY, Gilles, *L'ère du vide - Essais sur l'individualisme contemporain*, 1989.
- MAIER, Julio B., "Inquisition oder Komposition?", en Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi/Schünemann (coords.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, 2001.
- MAIER, Julio B., "Estado democrático, Derecho penal y procedimiento penal", en MAIER/CÓRDOBA, *¿Tiene futuro el Derecho penal?*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.
- MIR PUIG, Santiago, "Evoluzione politica e involuzione del Diritto Penale", en la obra a cura di Alfonso Maria Stile, *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Ed. Scientifiche italiane, 2011.
- NAUCKE, Wolfgang, "La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza", en Donini/Pavarini, *Sicurezza e Diritto Penale*, Bononia Uni Press, 2011.
- ORLANDI, Renzo, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, Testo della relazione svolta al XXIII Convegno E. de Nicola su "Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena", Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, publicado en AA.VV. *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffré, Milano, 2000.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*, Madrid, Estudios de progreso, Fundación Alternativas, 4/13, 2013.
- RODENSTEDT, Ann, "Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden", en Joachim Häfele, Fritz Sack, Volker Eick, Hergen Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017.
- SBRICCOLI, Mario, "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale", en Marco Bellarba, Gerd Schwerhoff, Andrea Zorzi (dirs.), *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*, Società editrice Il Mulino, Bologna, y Duncker&Humblot, Berlin, 2001.
- TRANKLE, Stefanie, *Im Schatten des Strafrechts. Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleich und der französischen "médiation pénale" auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen*, Duncker&Humblot, Berlin, 2007.
- VON SCHLIEFFEN, K. Grafín, "Mediation im Rechtsstaat – Chancen einer neuen Konfliktordnung", en Frithof Haft y K. von Schlieffen (eds.), *Handbuch Mediation*, München, 2002.

WILKE, Helmut, *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001,

WILLIAMS, Michael C., “Securitization and the liberalism of fear”, 2011.

ZOLO, Danilo, “Globalizzazione carceraria. L’esplosione del carcere negli Stati Uniti e in Europa”, *Il Manifesto*, 30 marzo 2006.