

1. DIEZ LECTURAS SOBRE LAS TENDENCIAS RECIENTES EN LAS POLITICAS PENALES

A la par de la continua profundización de la complejidad de la cuestión penal (como reflejo de la complejización de las relaciones sociales en las sociedades contemporáneas), la emergencia progresiva de un enfoque crítico en el ámbito penal y en particular en el criminológico, permitió ir robusteciendo el aparato discursivo con el cual analizar el presente penológico.

Así, la expresión *globalización* ha venido ganando centralidad en algunos estudios que analizan las mutaciones sociales verificadas en los últimos decenios, y adquiere un significado nutrido en el marco de las transformaciones económicas hacia una forma de producción desregulada, estrechamente ligadas a otras de carácter político, de acumulación de la riqueza¹, y tecnológico², como así también culturales y jurídicos que, han producido una homogeneización en torno a la gestión de nuevos centros de poder los cuales, si bien están dispersos entre los Estados Unidos, Europa y Japón, más bien están controlados por las grandes corporaciones multinacionales o la rápida concentración de ellas que –generalmente- responden a los capitales provenientes del primero de esos orígenes (**Bergalli, 2003c: 28**).

¹ Indica **Bergalli** (2003c: 30) que "...la riqueza ya no se acumula únicamente a consecuencia de la producción de bienes, según el tradicional régimen impuesto por lo que se conoció como el *Fordismo*, sino que ha ella ha dejado de ser el resultado del esfuerzo combinado de capital y trabajo, para convertirse en la conclusión de los negocios especulativos llevados a cabo mediante el juego de los valores financieros. Este proceso es lo que determina el tránsito hacia el *post-Fordismo* en las economías capitalistas, implantando un nuevo modelo de producción que vive de la explotación social de la fuerza-trabajo y provocando impactos en otros ámbitos no estrictamente económicos de las sociedades occidentales..."-

² En este sentido, destaca el autor citado que: "...el cambio tecnológico que se ha especialmente manifestado en el terreno de las comunicaciones, sobre todo en el de la transmisión de imágenes y sonidos, calificando como revolución, ha dado lugar a una alteración tan profunda en las nociones de espacio y tiempo, suficiente como para acelerar los movimientos de dinero hasta un punto tal que, en ocasiones, se imposibilita la identificación de su origen y destino. Seguramente es la tecnología informática la que más afecta, en la actualidad, la vida cotidiana de millones y millones de seres humanos..." (idem:30).-

Este proceso no es ajeno a consecuencias sociales y humanas perniciosas, en tanto al establecerse nuevas pautas entre “los de arriba” (globales) y “los de abajo” (locales), produce una fractura en términos de polarización entre los sectores más acaudalados y los excluidos (Bauman, 2005).

En tal entorno, **Bergalli** (2003c: 33-35) sugiere que la impronta del fenómeno globalizador en el campo del derecho, resulta la emergencia de una nueva *cultura jurídica post-moderna o de modernidad tardía*, evidenciada en la deslegitimación en que hoy se encuentran sumidos los sistemas penales. Así, asume que, en el marco de nuevas contradicciones sociales, el sistema penal debe organizarse en torno al miedo, al terror³.

Acorde con **Negri** (2003), **Bergalli** afirma que: “...el Estado neo-liberal no debe reeducar, resocializar, corregir o prevenir como lo tenía asumido el Estado social. Antes bien, ha de configurar su sistema penal basándolo sobre una nueva verdad, sobre unos nuevos fines. Estos son los estrictamente orientados a la punición; es decir que únicamente debe punir pero no sólo punir ejemplarmente cada violación del nuevo orden, sino que incluso ha de llegar hasta el punto de crear alarma social para convertirse en fuente de consenso en torno a las instituciones, previniendo así cualquier eventual disentiimiento político. Es de tal

³ Con remisión explícita al trabajo de **Luis Flavio Gomes** (2005), **Riquert** (2007: 58-59) describe las transformaciones del Derecho Penal y Procesal en el era de la globalización: - *globalización de los crímenes y criminales (crimen organizado y delitos internacionalizados: narcotráfico, corrupción, ciberdelincuencia, etc.)*; - *globalización de los bienes jurídicos (derechos colectivos y bienes supraindividuales: ecología y medio ambiente, genética, seguridad en las comulaciones, etc.)* – *globalización de las víctimas (pasan a ser supraindividuales, o difusas y también ‘globales’)*, *globalización de la explosión carcelaria (el fenómeno de la expansión de la cantidad de personas encarceladas se favorece por la estructura de la sociedad globalizada que, acentando las desigualdades de ingresos, produce que la distribución de renta sea inversamente proporcional a la distribución de castigos. A los globalizados mejor renta y menos castigos; a los excluidos, menor renta y más castigos)*; - *globalización en la desformalización de la justicia penal (flexibilización de las garantías penales y procesales bajo el paradigma del pragmatismo eficientista)* – *Agravamiento incesante de la hipertrofia del Derecho Penal (como factor de la multiplicación e impulso de la expansión).*-

manera que los sistemas penales de las sociedades post-modernas y de los Estados neo-liberales tienen asignada la tarea de producir nuevas subjetividades...” (idem: 34).-

Concluye de tal modo: “...el derecho post-moderno y, en particular, el derecho y el sistema penal adoptan las formas de la violencia estatal legitimada para descargarla sobre las manifestaciones de la nueva pobreza y la exclusión. El control punitivo del Estado neo-liberal ya no se descarga más, como antaño, sobre sujetos individuales, sino sobre sujetos colectivos, quienes son tratados institucionalmente como ‘grupos productores de riesgos’...”. (idem).-

Sentado ello, seguidamente y como objeto de desarrollo de este primer apartado, se presentarán en forma agrupada algunas lecturas -de las más difundidas en el contexto científico central- de tales tendencias en el marco de esas transformaciones.-

2.1. DERECHO PENAL SIMBOLICO

Se dará cuenta inicial de una primer aproximación fecunda, la cual resultó forjada paulatinamente al amparo de diversos aportes críticos que fue realizando el desarrollo del pensamiento criminológico y penológico en torno a la cuestión de las funciones de los sistemas penales.

En efecto, se trata del desarrollo y consolidación de lo que posteriormente fue denominado como un **“derecho penal simbólico”**, que pretendió poner de relieve o develar aquéllas prácticas normativas que, bajo el ropaje de la actuación política instrumental y eficaz, lejos de pretender incidir efectiva o materialmente en la realidad social, tan sólo se limitan o contentan con emitir mensajes de gestión e intervención,

procurando de ese modo lograr cierta *tranquilidad social*, siempre con una perspectiva de inmediatez o corto plazo.

En este sentido, resultó trascendental la actuación complementaria de la *criminología crítica* forjada en rededor de los años 1970 y el desarrollo de un *penalismo crítico*, también de cuño cuestionador de los fundamentos básicos y tradicionales del derecho penal y sus prácticas (**Bergalli**, 1983), para involucrarse en el estudio de los efectos simbólicos que se pretenden de la pena estatal.

Pero, antes bien, es necesario resaltar los basamentos teóricos que poco a poco fueron conformando y fortaleciendo semejante perspectiva. Inicialmente, conviene acudir a un ejercicio de retrospección de algunos conceptos aportados por el *estructural-funcionalismo* de cuño *durkheiminiano*, y el análisis de las funciones sociales de la pena que subrayan el *significado social* que, en términos de *reafirmación simbólica de los valores morales*, expresa la reacción punitiva frente a la infracción normativo-penal (**Durkheim**, 1895 y 1900).

También y especialmente, ha sido trascendente en este camino, la distinción propuesta, en su día, por el afamado sociólogo norteamericano **Robert King Merton** entre *funciones manifiestas* y *latentes*, que destacan la existencia paralela de funciones sociales no explicitadas en las instituciones o fenómenos sociales (**Merton**, 1938).

A ello, es menester añadir -como aporte medular- los elementos de significado que emergieron de las contribuciones de las investigaciones desarrolladas por el denominado *interaccionismo simbólico* y *las derivadas teorías del etiquetamiento criminal* (ver por todos, los aportes de **Edwin Lemert** y **Howard Becker**), principalmente en punto a las manifestaciones o a los efectos externos de la acción social analizada en un específico contexto referencial –especialmente resaltando el aspecto comunicacional (**George Mead**, 1918)-

valorizando las *percepciones sociales* por encima de las esencias o materialidades.

Tampoco pueden minusvalorarse los aportes ligados a la *influencia marxiana*, que estimulaba el desentrañar la ideología –en el sentido de mala conciencia- que conllevaban las instituciones *super-estructurales* -entre ellas indudablemente también la penalidad- que soportan la estructura económica (**Marx**, 1867).

Y por último, también las lúcidas conclusiones del ya clásico trabajo de **Michel Foucault**, *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión* (1975). Ello, en cuanto, **Foucault** sugiere que –el presunto fracaso de la prisión- en realidad encubre la satisfacción o cumplimiento de funciones de disciplinamiento social y gestión y reproducción de la delincuencia por parte de la institución carcelaria en el marco de la construcción de unas subjetividades propias del sistema productivo paralelamente emergente.

Esta contribución, sin lugar a hesitación, fortaleció sustancialmente lo aportado por las ideas precedentemente reseñadas, las que resultaron –en su conjunto y en definitiva- las herramientas teóricas que, por fuera de su utilización más o menos explícita, permitieron reflexionar en una nueva dimensión –**simbólica**- de la penalidad.

Entre los autores más representativos de los penalistas alemanes que han propiciado el estudio del tema (además de poder mencionar a **Noll** o **Amelung**, entre otros) cabe destacar principalmente la figura de **Winfried Hassemer**, quien ha caracterizado este fenómeno como una *expresión de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias*, en tanto que el derecho penal está menos orientado a la protección de un bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una <<necesidad de acción>> (1991:36).

Agrega asimismo que, se ha venido produciendo una ruptura en el equilibrio satisfactorio entre *funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal*, en tanto cada vez más los sistemas punitivos realizan y los políticos persiguen funciones simbólicas, mientras declaran cumplir funciones instrumentales, indicando de ese modo que se trata, inclusive, de *un engaño al ciudadano por parte del legislador* (idem).

En este sentido, complementa su pensamiento el reconocido autor alemán: “...cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídico-penales...” (Hassemer, 1999: 90).-

Dario Melossi (1991: 57) -anticipando elementos que serán objeto de estudio posterior en capítulos subsecuentes-, distinguió conceptualmente los términos utilizados, y con claridad y elocuencia afirmó, en su momento, que: “...existe por un lado, una función simbólica, y por otro, una función instrumental del Derecho. Por función simbólica entiendo los mensajes simbólicos que lanzan mediante el instrumento penal, más o menos voluntariamente, quienes controlan las esferas altas del proceso de criminalización. Por función instrumental entiendo el conjunto de fines manifiestos y por así decir tradicionales de la pena: la prevención especial y general de delitos futuros (deterrence) y la defensa de la sociedad mediante la incapacitación de los criminales más peligrosos...”.

Por su parte, es de indudable interés el aporte del recordado **Alessandro Baratta**, quien focalizando el análisis en los aspectos que se vinculan a las denominadas *teorías de la prevención-integración*, - a las que no ha dudado en catalogar como verdaderas teorías *tecnocráticas*-, ha señalado con una precisión que merece su transcripción textual: “...las nuevas concepciones de la función simbólica

del Derecho Penal representan posiciones de la teoría no menos, sino más avanzadas que la práctica, ya que señalan, acreditan y en parte anticipan la línea de tendencia del desarrollo real del sistema punitivo..." (1991).-

Y subraya, al describir las mutaciones de las dinámicas propias del sistema político, que *"...Su eficacia es estudiada, en efecto, a la luz de estas teorías, considerándola no tanto como un sistema de producción de seguridad real de los bienes jurídicos sino más bien, como instrumento de respuesta simbólica (y precisamente, en este sentido, tecnocrático) a la demanda de pena y seguridad por parte del "público" de la política, pero eso corresponde a lo que sucede en la realidad de la política criminal y de la política en general, cuando en ésta la "comunicación política de base" se presenta entre ciudadanos y entre ciudadanos y sus representantes..."* (idem).-

En el estudio particular de la dinámica política que se desprende de este nuevo modo de comunicación, concluye: *"...la democracia es sustituida por la comunicación entre "políticos" y su público, o sea por la tecnocracia. Cuando esto sucede, la política toma cada vez más la forma del espectáculo. En efecto, en la "política como espectáculo" las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública..."* (idem).

Y culmina **Baratta**, sosteniendo la afirmación de las funciones simbólicas del derecho penal, al expresar con contundencia, que: *"...las funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y*

de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa...” (1991: 52-53).-

Así las cosas, la profundización de ese eje de análisis fructífero, conllevó a unas series de lecturas avezadas que –en distintos contextos geográficos y culturales- hicieron su aparición en el punto justo en que precisamente el sistema socio-político occidental vio resquebrajadas sus bases con motivo de la crisis económico-petrolera y fiscal⁴ de inicios de los años 1970 (por todos, **Rivera Beiras, I.**; 2006: 844).

Seguidamente, se ofrecerá un análisis panorámico de las mismas.

⁴ Con especial referencia al análisis de **James O’Connor (1981)**

2.2. EMERGENCIA PENAL Y DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN

De otra parte, y con una conceptualización más cercana al campo político, comenzó a hablarse de la **“excepcionalidad penal” o del “derecho penal de emergencia”**, el cual surgiría fundamentalmente en el ámbito continental europeo a caballo de la legislación dictada en dichos países, en función de ciertos episodios *extraordinarios* fundamentalmente vinculados a *delitos políticos y de terrorismo*, pero que -como característica saliente- implicaba una ruptura con los principios generales del derecho penal liberal.

Ha sido el renombrado *iusfilósofo* italiano **Luigi Ferrajoli**, quien en su tratado *Derecho y Razón*, ha especificado al respecto que *“...la alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia (antiterrorista, antimafia, o anticamorra), como justificación política de la ruptura, o si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal. Esta concepción de la emergencia no es otra que la idea de la primacía de la RAZON DE ESTADO SOBRE LA RAZON JURÍDICA como criterio informador del derecho y proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada. Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías sino supra ordenado a ella...”*.

En esta dirección, añade, este autor que el criterio regulativo de la **Razón de Estado**: *“...es la subordinación de los “medios”, de por sí indeterminados y no regulados, a la consecución de “fines” políticos*

cuya formulación se confía, realista o históricamente, a la persona del soberano o, en todo caso, a los titulares del poder estatal...”.

Por ejemplo, en Italia, identifica tres fases de la emergencia penal, una relacionada con el derecho especial de policía (años 70')⁵, otra vinculada al derecho penal político especial (años 80')⁶, y la tercera, referida al derecho penal diferenciado.⁷

Asimismo, destaca el autor, que la lógica *emergencial* supone o importa la alteración de las tres estructuras básicas del fenómeno penal, tanto el <<delito>>, como el <<proceso>> y la <<pena>>, están sujetas a esta distorsión provocada por aquella racionalidad política que rompe cualquier pretensión de vinculación o limitación *garantista*.

Así se verifica, una mutación sustancialista del modelo de legalidad penal -inducida por el paradigma del enemigo- orientando hacia una personalización, un derecho penal del reo antes que del delito⁸. Pero, además en esa misma lógica también, se valora la ley de arrepentidos como “amigos” que se han puesto del campo anti-criminal.

⁵ Fundamentalmente vinculado a las leyes de extensión de la facultades policiales (ley Bartolomei 74; Ley Reale 75): la reintroducción del interrogatorio policial, la extensión del arresto policial, el poder de inspección personal sin orden judicial, la ampliación de la facultad de los agentes de policía de disparar para impedir la posible comisión de delitos graves o fuga de detenidos, cerrar sedes políticas sospechosas, la liberación de las escuchas telefónicas policiales incluso con fines de prevención.

⁶ La ley de arrepentidos con reducciones de pena o libertades durante la instrucción; la respuesta a gran escala a los delitos asociativos como marcos de instrucción y como hipótesis de trabajo a desarrollar en el curso del proceso pero comportando desde el principio la prisión preventiva de los imputados; prohibición de libertad provisional para los delitos vinculados al terrorismo; la agravante especial de la “finalidad terrorista”, su no compensabilidad con atenuantes y el consiguiente aumento, rígido y automático tanto de las penas como de los plazos de la prisión preventiva; el interrogatorio sin la presencia del abogado.

⁷ La extensión de las prácticas de la emergencia a todo el sistema penal: a la mafia, a la camorra, al tráfico internacional, de drogas y de armas, la alta delincuencia económica y financiera, la corrupción política y administrativa; la introducción de formas transaccionales para el proceso (pactos de enjuiciamiento) y para la pena (premios para la obtención de medidas alternativas).

⁸ Las figuras que han permitido esta personalización son variadas: - los delitos asociativos (banda armada, asociación subversiva, insurrección armada contra los poderes del estado, asociación de carácter mafioso o camorrista-, la categoría del concurso moral y la agravante de la “finalidad del terrorismo” como desvalor subjetivo de la actividad delictiva: fórmulas elásticas y con connotaciones subjetivas y valorativas, que reduce el juicio a la valoración amigo/enemigo.

Finalmente, también la alteración sustancialista y subjetivista afecta también al tercer momento del derecho penal: la ejecución de las penas, la que queda sujeta a la diferenciación y personalización, favoreciendo el proceso de post-determinación ejecutiva de la pena, y rompiendo con cualquier pretensión de proporcionalidad y certeza.

En definitiva, una marcada confusión entre proceso (prisión preventiva) y pena; el desarrollo de una lógica de premios y castigos contra los principios liberales de igualdad, abstracción, certeza y predeterminación legal; y cárceles especiales, regímenes especiales y diferenciados, tratamientos personalizados, clasificaciones por grados de peligrosidad, medidas alternativas y otras formas de premios o castigos, son expresiones directas del fenómeno del *derecho penal de emergencia*.

Pero, asimismo debe destacarse la vocación ampliatoria de este “*derecho penal excepcional*”, que -con la legitimación asignada para tales casos extremos- poco a poco ordinariza en ciertas instituciones jurídicas aquellos elementos patológicos en la normativa penal, procesal y ejecutiva de diversas naciones. Se ha señalado pues que se ha venido generado una *verdadera cultura de la emergencia* (**Ferrajoli**, cit. **Bergalli**, 1988⁹), que ha llevado a que algunos de los trabajos específicos y de mayor relevancia en la materia hagan referencia a esa amplificación, pero también y fundamentalmente a las características de permanencia y perennidad de esa racionalidad (**Serrano Piedecasas**: 1988¹⁰, **Moccia**, 1992¹¹).

⁹ Expresa el autor que la “*emergencia*” definió en Europa la penetración de una auténtica cultura ‘específica’ producida como resultado del desarrollo de una conflictividad social inédita y de una tensión extrema entre los polos del sistema capitalista de producción, y que fue socavando los principios garantistas sobre los que se asentó el Estado de Derecho y definió, con gran crudeza, una de las últimas crisis del Estado Social. (1988).-

¹⁰ Emergencia y Crisis del Estado Social: Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Barcelona: PPU.

¹¹ La Emergenza Perenne.

En esta dirección, subrayando el carácter <<permanente>> de la lógica *política de la excepción*, **Agamben**, ha señalado la necesidad de entenderla como una *forma de gobierno*, o aún más, de entender a *El estado de excepción como paradigma de gobierno* (2007:23). Así, con referencias a **Benjamin** (1942: 697), textualmente afirma: “desde el momento en ‘el estado de excepción (...) ha devenido la regla’ ... no sólo se presenta cada vez más como una *técnica de gobierno* y no como una *medida excepcional*, sino que inclusive deja también salir a la luz su *naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico...*” (ob. cit.: 32). Y acudiendo a la ejemplificación histórica, releva no sólo algunos de los caracteres esenciales del estado de excepción como paradigma de gobierno, tal como resulta la provisoria abolición de la distinción entre poder legislativo, ejecutivo y judicial, la que tiende a transformarse en una duradera praxis de gobierno (idem: 33); sino fundamentalmente la ambigüedad constitutiva del derecho, en tanto “...*si la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho...*” (24).-

En el campo punitivo, **Iñaki Rivera** (2006) ha incluido a la *cultura y la legislación de emergencia y excepcionalidad penal* como una de las líneas político-criminales que –junto a la *criminología de la intolerancia* y a las *políticas de tolerancia cero*, “importadas” del contexto anglosajón, y a la *gestión penal de riesgos*- convergen y predominan en el nuevo escenario europeo, desarmando el carácter garantista de un sistema penal propio de Estados sociales y democráticos de Derecho (874).

En este aspecto, ejemplifica con aspectos concretos de la *legislación de emergencia* en los distintos niveles del sistema penal:

- En el *sustantivo o de derecho penal de fondo*, a través del “...*surgimiento de las llamadas leyes antiterroristas, que aumentaron las penas para estos delitos, previeron cierres de editoriales, periódicos, etc...*” (854).
- En la *legislación procesal*: “...*permitiendo la incomunicación de los detenidos a quienes se les aplicaría esta nueva normativa durante numerosos días en las dependencias policiales, o restringiendo garantías procesales (recursos contra denegaciones de pruebas, etc.), o legalizando la aludida figura de los ‘arrepentidos’...*” (idem).
- En las *competencias y prácticas policiales*: “...*dotando de mayores márgenes de maniobra a los cuerpos y fuerzas de seguridad de los Estados o creando cuerpos de élite en aras de fortalecer el fetiche de la eficacia policial...*” (idem).
- En el ámbito *jurisdiccional*, a través de la “...*creación de jurisdicciones y tribunales especiales: para el enjuiciamiento de los delitos terroristas fuera de las áreas geográficas donde aquéllos eran cometidos (y vulnerándose así el constitucional principio del ‘juez natural’...*” (854-855).-

2.3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Recientemente, por otra parte, se ha comenzado a difundir, la expresión “**Derecho Penal del Enemigo**”.

Aún cuando, la expresión *enemigo* tiene seña de identificación en el Derecho Romano¹² y en el campo de la teoría política con la ya clásica versión dicotómica de **Carl Schmitt** en la lógica *amigo-enemigo*; y que en particular, la expresión “Derecho Penal del Enemigo”, no es novedosa en tanto ya había resultado utilizada por **Franz Von Liszt** (1882) en su famoso “Programa de Marburgo”, al explicar la potestad punitiva estatal como una guerra a la criminalidad y a los criminales (conf. **Lascano**, 2004), y que, indudablemente su utilización y difusión actual es atribuida a **Günther Jakobs**, pero no tanto enfocado desde un plano descriptivo, perspectiva desde la que viene siendo efectuándose los enfoques precedentes- sino claramente en términos *prescriptivos* o *propositivos*.

En efecto, el mismo ha planteado la necesidad de distinción entre “*un derecho penal del ciudadano*” y un “*Derecho Penal del enemigo*”. **Jakobs** (2005), propone esta categoría como propia de una guerra abierta contra la delincuencia, donde como en toda guerra vale toda suerte de abusos y extralimitaciones, con tal de obtener la victoria.

Afirma drásticamente que: “...*el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa a ser una reacción de la sociedad*”

¹² **Zaffaroni** (2007: 22) hace referencia a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. “...*El inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El *extranjero*, *el extraño*, *el enemigo*, *el hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba *fuera de la comunidad*...”.

ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo...” (2005: 51).

Agrega que “...*el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico...*” (*idem*).

Además sostiene que las particularidades que exhibe el derecho penal de enemigos son: a) el adelantamiento de la punibilidad, a hechos no pasados sino que van a producirse en el futuro; b) la falta de una reducción de la pena proporcional a dicha ampliación de la esfera de punibilidad; c) el paso de una legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia económica, terrorista, organizada, etc; d) la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales (ej.: incomunicación) (*idem*).

Agregando que, con este lenguaje, “...*El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos...*”. El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, sino en forma presuntamente duradera, en su comportamiento (delincuencia sexual), en su ocupación profesional (delincuencia económica, tráfico de drogas), o principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada), ha abandonado el derecho y no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de un comportamiento como persona (*idem*: 57), se le combate fundamentalmente por su ‘*peligrosidad*’, pasando la pena a cualquier materialmente una función de *custodia de seguridad anticipada* (42).

Concluye en forma terminante: “...‘*los enemigos no son efectivamente personas*’. Por tanto no pueden ser tratados como tales...” (2004:60).

Rastreando en su genealogía, una referencia histórica altamente ejemplificativa del contenido y sentido de estas expresiones, resulta la

reanalizada por **Muñoz Conde**, y referente al *derecho penal para los extraños a la comunidad*¹³ al que hacía alusión y sostenía con énfasis **Edmund Mezger**, desvelando su filiación y servicio al régimen nazi presente en la Alemania de su época y que incluía, entre otras graves medidas, “...la entrega a la policía de los asociales y su reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración o su esterilización ‘cunado pueda esperarse de ellos una herencia indeseable para la comunidad del pueblo’ o la castración de homosexuales, ‘si la seguridad pública así lo exige’...” (2005:61 y 62).-

Por el contrario, en la historia reciente, también verifica el autor, expresiones directas del *derecho penal del enemigo* en la severidad sancionatoria o en la anticipación de punibilidad incluidas en el texto del Código Penal Español reformado en el año 2003, o bien en la *Patriot Act* de los Estados Unidos de Norteamérica que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores. (2005: 39-42).

En todo caso, la figura del *delincuente* como un *enemigo público* no ha sido propia de esta caracterización reciente, sino que resulta una construcción cultural de arraigo tradicional en la *modernidad cultural*, expresando una *criminología del otro, del extraño, del diferente*, a quien se le atribuyen todos los males sociales y sobre quien se descarga con ímpetu las reacciones punitivas más vehementes (**Garland**, 2005).

¹³ Señala **Muñoz Conde** en los informes que redactó **Mezger** en el año 1943 para el régimen nacional-socialista, decía que: “...En el futuro habrá dos (o más) ‘Derechos penales’: - un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y – un Derecho Penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión...Una vez que se realice la inclusión el ‘Derecho especial’ (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas...Esta **separación** entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un ‘nuevo comienzo’)...” (2000 y 2005).-

Así, **Garland** afirma que se trata de una “...*criminología del otro peligroso, un eco criminológico de la cultura de la guerra y de la política neoconservadora...*” (300), que redramatiza el delito, considerándolo una catástrofe y encuadrándolo en el lenguaje de la guerra y la defensa social, que es decididamente *antimoderna*¹⁴ y *antiliberal*¹⁵. Su visión del delincuente como sujetos intrínsecamente <<perversos>> o <<malvados>>, implica una diferenciación con <<nosotros>>: “...*son los otros peligrosos que amenazan nuestra seguridad y no merecen ni una pizca de nuestra simpatía. La reacción apropiada de la sociedad es la defensa social: debemos defendernos de estos enemigos en lugar de preocuparnos por su bienestar y posibilidades de rehabilitación. Como expresó John Dilulio en el título de uno de sus artículos, debemos simplemente ‘Dejar que se pudran’...*” (301).-

También en una óptica crítica a este desarrollo, **Zaffaroni** ha invertido la presentación del problema al enfatizar en su trabajo ***El enemigo en el derecho penal*** que el “...*poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal...*” (2007: 11), y afirmando como tesis que: “...*el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, sólo es compatible desde la teoría política, con un modelo de estado absoluto total...*” (idem: 12-13).

¹⁴ Esta característica se refleja en sus temas centrales: “...la defensa del orden y la autoridad, la afirmación de estándares morales absolutos, de la tradición y del sentido común...”.-

¹⁵ En cuanto da por supuesto que “...ciertos delincuentes son “simplemente malvados” y, por lo tanto, intrínsecamente diferentes del resto de nosotros...”.-

Agrega que esta figura del *hostis*, *enemigo* o *extraño* no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico-penal, se originó en el derecho romano, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad en el pensamiento de filósofos, políticos, juristas, penalistas y criminólogos, que en ocasiones y con distinto grado, le proporcionaron elementos que facilitaron la racionalización de la categoría de enemigos o extraños (idem: 24 y 28).-

En conclusión: *“...la historia del ejercicio real del poder punitivo demuestra que quienes ejercieron el poder fueron los que siempre individualizaron al enemigo, haciéndolo como mejor convino o fue funcional –o creyeron que lo era- a sus intereses en cada caso, y los que aplicaron esa etiqueta a quienes los enfrentaban o molestaban, real, imaginaria o potencialmente. El uso que han hecho de este tratamiento diferenciado dependió siempre de las circunstancias políticas y económicas concretas, siendo algunas veces moderado y otras absolutamente brutal, pero los ejes troncales que se desprenden de la primitiva concepción romana del hostis son perfectamente reconocibles a lo largo de toda la historia real del ejercicio del poder punitivo en el mundo...”* (idem: 80).-

2.4. EXPANSIÓN PENAL Y NEOPUNITIVISMO

Expresiones tales como *expansión penal* o *inflación penal* o *neopunitivismo* resultan al uso en el ámbito de los penalistas que pretenden describir las mutaciones evidenciadas en los últimos años en el campo de la penalidad.

En esta dirección, uno de los aporte más relevantes, con una polémica y criticable propuesta político-criminal de fondo, pero con un clarificador análisis para las transformaciones en el interior de la teoría jurídico-penal, el penalista español **Jesús María Silva Sánchez** (1999) ha descrito la “**Expansión del derecho penal en las sociedades postindustriales**”.

Así, entre algunas de lo que considera causas de la *expansión del derecho penal*, incluye, en primer lugar a la efectiva aparición de nuevos riesgos.

Silva caracteriza el modelo social postindustrial de referencia a partir de las siguientes características: a) resulta una sociedad del riesgo –*risikogesellschaft*– en la cual si bien el desarrollo tecnológico ha potenciado el bienestar individual como contrapartida ha provocado en su seno consecuencias negativas, de entre las que destaca la *configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural* (22)¹⁶; b) es una sociedad de enorme *complejidad* con una profunda *interrelación de las esferas de organización individual, que carentes de autonomía producen fenómenos continuados de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas*

¹⁶ Esto es, riesgos surgidos de la manipulación humana de los avances tecnológicos: “...*riesgos para el medio ambiente o para los consumidores, o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc...*” (22)

ajenas¹⁷; c) además, al menos la europea, es la sociedad que expresa la crisis del modelo del *Estado del bienestar*, caracterizada por los fenómenos del desempleo, las migraciones, el choque de culturas; esto es una sociedad con fuertes problemas de *vertebración interna* (24)¹⁸.

También, refiere a la sensación social de inseguridad. Así afirma que la sociedad postindustrial resulta también la sociedad de la *inseguridad*, la sociedad del *miedo*. Si bien los <<nuevos riesgos>> existen¹⁹, paralelamente y en grado superior se desarrolla la dimensión subjetiva de la inseguridad, con “...una elevadísima <<sensibilidad al riesgo>>...”.

Ello obedece en primer término a la *revolución de las comunicaciones* que da lugar a un vértigo derivado de la falta de dominio del curso de los acontecimientos²⁰ (26); y que tiene que ver con el modo de proceder de los medios de comunicación que da lugar a percepciones inexactas, sensaciones de impotencia y multiplicación de fenómenos (27-28); con las imágenes sesgadas de la realidad que transmiten las propias instancias de represión estatal (29). Tal sensación genera una petición social dirigida al Estado y a su aparato penal de

¹⁷ Incrementándose la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas en tanto que dadas tales características cada vez más la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto depende de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros (23)

¹⁸ La primera característica redundante en el reforzamiento de la punición de conductas no intencionales (doloso-eventuales o imprudentes) en donde el <<fallo técnico>> aparece problema central, como *riesgo penalmente relevante*. La segunda implica la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide en su reconstrucción técnico-jurídica. La tercera, generadora de fuertes episodios de violencia (callejera), importa que la propia convivencia aparezca como fuente de conflictos interindividuales y por tanto, supone la configuración del <<otro>> como factor de riesgo. (21-24)

¹⁹ Si bien la propia complejidad social con su enorme pluralidad de opciones, incertidumbre, relatividad, con la pérdida de dominio real producto de la interdependencia entre esferas de organización y la necesaria transferencia a terceros de funciones de aseguramiento de la propia esfera jurídica adquieren entidad objetiva; ello se potencia en una dimensión subjetiva.

²⁰ Describe **Silva**: “...en un mundo en el que las dificultades de orientación cognitiva son cada vez mayores, parece incluso razonable que la búsqueda de elementos de orientación normativa - y dentro de éstos el Derecho penal ocupa un lugar significado- se convierta casi en obsesiva...” (26).

respuestas de seguridad, que se traduce en demandas de una ampliación de la protección penal, con el consiguiente menoscabo o <<flexibilización>> de las garantías clásicas del Estado de Derecho (30).

Como una tercer causal, señala el autor a la configuración de una sociedad de <<sujetos pasivos>>²¹, y como correlato de ello una sociedad en la que se sobrevalora la seguridad (*o libertad de no-pasión*) frente a la libertad (*de acción*) (31-32), lo que determina la disminución de los niveles de riesgo permitido y –por ende- el incremento de la apreciación de las infracciones de deberes de cuidado y de la tipificación de delitos de peligro. (32-36).

Asimismo, subraya la existencia una identificación de la mayoría social con la víctima del delito. Este fenómeno, indica **Silva**, viene favorecido por la característica antes reseñada de configuración de sujetos pasivos (víctima), que aguardan la intervención estatal. Así el derecho penal pasa a ser concebido como *Magna Charta* de la víctima frente a la criminalidad de los poderosos, apreciándose una comprensión flexible del principio de legalidad²² y un consenso restrictivo en cuanto al alcance de los riesgos permitidos (41).

Pero alerta el autor, que tal perspectiva es poco más que engañosa: “...*En efecto, aquí y ahora, sigue siendo posible afirmar que el 80 por 100 de la criminalidad (al menos, de la definida como tal y perseguida) continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (lower class crime), de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los medios de comunicación) por el todo. Así, la apuesta, que parece decidida, por una*

²¹ Alude a una mayor presencia de *clases pasivas* en sentido amplio: pensionistas, destinatarios de prestaciones públicas, personas o entidades subvencionadas, consumidores, sujetos pacientes de los efectos pasivos del desarrollo (*más que de agentes*).

²² En ese sentido, ejemplifica que frente a la clásica comprensión del principio de legalidad como limitador, se privilegia una concepción en la cual se interpretaría restrictivamente las eximentes y por el contrario se utilizaría la interpretación extensiva y la prohibida *analogía in malam partem* (39).

expansión del Derecho penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, siendo criticable en sí misma, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los <<powerless>>, en lo que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantistas...” (41-42).

También indica **Silva** que ha favorecido el fenómeno de expansión, el descrédito de otras instancias de protección²³. Ello produce que – la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización- suponga una “...*expansión ad absurdum de la otrora ultima ratio...*” (45); y una carga que –aún sometido a un fortísima flexibilización- no puede ser afrontada por el derecho penal (45-46).

A ello, considera el autor que debe sumarse, la emergencia de lo que se han denominado gestores <<atípicos>> de la moral. Incluye, entre ellos, a las organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos (contra los pequeños traficantes de drogas), pacifistas (contra la propagación de ideologías violentas) o antidiscriminatorias (contra ideologías racistas o sexistas, por ejemplo), como demandantes de criminalización en una inversión de reclamo de utilización del derecho penal por las clases *subalternas* contra las clases *poderosas* (46-50)²⁴.

²³ En efecto, señala el autor que ni la sociedad misma parece funcionar como instancia autónoma de moralización que repercuta en el fortalecimiento de la protección de los bienes jurídicos, ni el derecho civil está en condiciones de cumplir funciones de prevención o de mínima compensación para los sujetos pasivos (44-45). Por otro lado, la burocratización y, especialmente, la corrupción provocan un fuerte descrédito en las instancias de protección administrativa.

²⁴ En similar dirección, la actitud de la izquierda política y más concretamente la política criminal socialdemócrata en Europa han fortalecido la posible expansión., toda vez que sobre la idea de la utilización del derecho penal por los más débiles, se sustentan posturas antigarantistas

Finalmente, encuentra un factor colateral de la expansión, como es el desprecio por las formas. Explica, que la aspiración de eficacia en la obtención de las ansiadas seguridad y satisfacción lleva a un fuerte rechazo de las formas como obstáculos respecto de ese fin, lo que conduce a poner en tela de juicio los principios formales del Derecho Penal (presunción de inocencia, principio de culpabilidad, el debido proceso, la jurisdiccionalidad, los conceptos de la teoría del delito, etc.) (55-56). Pero, añade, que “...*paradójicamente, este elemento de desprecio por la forma (...) aparece igualmente en el seno de concepciones pretendidamente conducentes a la erradicación o al menos a la limitación de los efectos nocivos del Derecho y el proceso penal...*”, refiriéndose a los modelos de privatización de los conflictos (vgr.: mediación) (56). Los primeros critican la *suavidad* del derecho penal, en tanto que los segundos la *dureza* del mismo: pero ambos su ineficiencia: la desconfianza frente a lo público y lo formalizado.²⁵

Otra cantidad enorme de trabajos referidos a diversos horizontes geográficos de los que –por razones de extensión no se puede dar cuenta aquí-, se alinean también en esta perspectiva, y pretenden definir o calificar las expresiones contemporáneas de un uso más frecuente del derecho penal²⁶.

desde diversos sectores socialdemócratas europeos (en Francia, Inglaterra, Alemania, España) (50-54).

²⁵ Frente a dicha tendencia, sostiene **Silva**, la interesante concepción -partiendo de la idea de que buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo- de que un alto nivel de formalización y publicidad del mismo constituye un importante factor de prevención, tanto disuasoria como de contención de reacciones informales y de integración sin necesidad de aumentar “...*el sufrimiento efectivo de los sujetos afectados por la intervención del Derecho Penal...*” (58-59). Por el contrario la pérdida “...*de la sacralización tradicionalmente propia de lo público, las deslegitiman y conducen a una disminución de eficacia preventiva, que puede requerir, como compensación, un incremento de la sanción en su sentido fáctico...*” (60).

²⁶ Por todos, ver **Eser-Hassemer-Burkhardt**, cit. (2004); **Mir Puig-Corcoy Bidasolo** (edits.), 2004; **Cancio Meliá, Manuel** (2003 cit.); **Crespo Demetrio, Eduardo** (2004), **Cesano, José Daniel** (2004); **Pastor, Daniel** (2005).-

2.5. DERECHO PENAL DEL RIESGO

Por otra parte, basado en los estudios sobre la denominada *Risiko Gesellschaft*, obra del sociólogo alemán **Ulrich Beck** (1986), surge el denominado “**Derecho Penal del Riesgo**”.

Beck plantea que la “sociedad del riesgo” representa la agonía de una civilización que se ha puesto en peligro a sí misma. La idea de progreso es, a su vez, fuente de producción de nuevos riesgos, cada vez más trascendentes y graves. En efecto, los mismos surgen de un actuar humano dirigido a fines positivamente valorados, es decir como consecuencias secundarias imprevistas e indeseadas de un ansiado progreso tecnológico.

La sociedad actual se enfrenta a amenazas de catástrofes ecológicas, al desmoronamiento del sistema intrasocial propio de la sociedad industrial que genera miedo e inseguridad al individuo, y a otros “grandes peligros” o “inseguridades fabricadas” como consecuencia de las crisis económicas y de las erosiones del Estado de bienestar –allí donde llegó a existir-, de la legitimidad del sistema político y del Estado de derecho (1998; 2000).

Beck (cit.) considera que la lógica de la sociedad industrial occidental, que consistía en la producción y distribución de la riqueza, se substituye en la “modernidad reflexiva”, o postmodernidad, por la lógica de la producción y la distribución del riesgo. En la primera, el conflicto entre quien poseía y quien no poseía la riqueza generaba situaciones de clase. En la segunda, genera situaciones de peligro.

Estas teorías consideran que los riesgos que acechan a la postmodernidad son en su mayoría invisibles y sus consecuencias incalculables o impredecibles. Ante esta situación, el poder de definición del riesgo se convierte en una posición socio-política clave. En la

discusión pública, ornamentada con una pluralidad de interpretaciones sobre el alcance, la urgencia y la existencia de los riesgos, acontece una fractura entre la racionalidad social y la científica en el trato con los potenciales de peligro. Será de suma relevancia el acceso a los medios de comunicación para definir el riesgo en un sentido o en otro.

Paralelamente al reparto y la definición de los riesgos globales, la “modernidad reflexiva” está transformando las estructuras sociales de la sociedad industrial –clases sociales, formas familiares, roles de género, matrimonio, profesión, etc.- generando riesgos e incertidumbres personales. (el trabajo, la familia, etc.)-

La lista de *riesgos* hoy resulta largamente ampliada: *riesgos laborales (precariedad, flexibilidad laboral, de pérdida del empleo), riesgos sanitario-alimenticios (contaminaciones, adulteraciones, transgénicos, pestes vacunas y porcinas), riesgos de accidentalidad (en el tráfico, en el ámbito laboral), riesgos de las patologías del consumo (anorexias, bulimia) (Beck: 2005).*-

Como destaca, **Gemma Nicolás Lazo** (2005:229), siguiendo a **Giddens** “...en todas las dimensiones de la biografía personal aparecen posibilidades y obligaciones de elección. El futuro es más abierto, existen mayores oportunidades, y también innumerables incógnitas que elevan la incertidumbre de las vidas y generan, por lo tanto, riesgo...” (**Giddens**, 1999:42).

Y continúa la autora, con precisas citas, indicando que “...El proceso de individualización aboca al individuo a una nueva dependencia, la dependencia del mercado en todos los aspectos de la vida –mercado de trabajo y mercado de bienes de consumo- (**Beck**, 1998:168, **Baumann**, 1999:110). Esto va acompañado de una “muerte de lo social” como consecuencia del exacerbado individualismo que debilita la sociedad en su conjunto como lugar de solución de conflictos. En el ámbito político, se produce una pérdida del interés por la cohesión

social general, que provoca un debilitamiento de la esfera pública, minando así, el propio sistema democrático...” (Lea, 2004).

Por su parte, y aún explícitamente declarado en contra de la concepción de transformación *epocal* que nutre la teoría de la *sociedad del riesgo* de **Ulrich Beck**, emerge la lectura del notable criminólogo contemporáneo **Pat O'Malley** (2006), quien -adoptando la perspectiva *foucaultiana* de la *gubernamentalidad*- ha asociado el desarrollo del *neoliberalismo* con el afianzamiento de las *técnicas de gobierno* basadas en el *riesgo* para moldear a las instituciones y prácticas del sistema penal y de prevención del delito.

Ahora bien, desde el campo penal, representantes de la denominada *Escuela de Frankfurt* como **Cornelius Prittwitz y Felix Herzog**, entre otros²⁷, han profundizado el sentido de un derecho penal del riesgo, con una crítica severa a la ampliación de lo punitivo como modo de gestión o reducción de los riesgos sociales y las consecuentes derivaciones en términos de restricción de garantías individuales o derechos fundamentales.

En su crítica, **Prittwitz** (1993) ha señalado que como efecto o consecuencia de la influencia de las condiciones de la sociedad del riesgo, resulta notoria la producción de una revisión o transformación de los principios que sirven para gestionar y tratar con riesgos. Señala que se produce un evidente cambio de enfoque que importa la restricción de los límites del riesgo permitido y, consiguientemente, de las actuaciones arriesgadas permitidas trae consigo –la otra cara de la moneda- el incremento de los deberes de control, de los deberes de cuidado y, consecuentemente, de la incriminación de la infracción de aquellos. La seguridad prima respecto de la libertad de acción.

²⁷ Podría mencionarse también a **Hassemer** o **Naucke**.

Herzog (1990), pone especial énfasis en el hecho de que la presión de prevención de la sociedad del riesgo incita a una política criminal simbólica, ya que el logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social, pretendiendo así satisfacer lo que se percibe como necesidad de intervención y se demanda como tal.

Agrega que desde los fines de política criminal, resulta primordial la minimización de riesgos y eventuales daños antes incluso de que pueda surgir el peligro de su producción, procurando así seguridad. De ahí el recurso preferente a la figura del delito de peligro abstracto, con la que se pretende obtener una protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza, al incrementar la capacidad de respuesta, puesto que desde el punto de vista de su estructura dogmática, al disminuir los requisitos de punibilidad, facilitan enormemente la aplicación del tipo y, con ello, el alcance del instrumento penal, mientras que la mayoría de los delitos imprudentes requieren la producción de un resultado de lesión. No se quiere evitar sólo la producción de modo imprudente de resultados lesivos o de daños concretos, sino que se intenta adelantar la prevención para posibilitar y garantizar mejor la seguridad y la propia sensación de seguridad²⁸.-

Por último, también es útil mencionar las investigaciones de **Alessandro De Giorgi** (2005 y 2006) en cuanto acude a una argumentación interesante al interpretar la racionalidad de control que

²⁸ (Así **Kindhäuser** habla de “un derecho penal de la seguridad”, 1992, o **Stratenwerth**, de “un derecho penal asegurador del futuro). Sin perjuicio que tanto **Prittwitz** como **Wolf** se pronuncien en contra de la utilización del derecho penal como única o ni siquiera primordial vía de solución para reaccionar frente a los fenómenos riesgo – inseguridad característicos de la sociedad actual; otros entienden que frente a las consecuencias de gran parte de los riesgos propiciados por el avance tecnológico, los sistemas políticos democráticos no estarían reaccionando en la medida necesaria o suficiente; y ello especialmente cuando los riesgos afectarán principalmente o de modo ya intolerable a generaciones futuras (**Schünemann**). Exacerbando una posición tal, se ha pronunciado en España, **Gracia Martín**, quien sostiene la necesidad de una denominada “modernización del derecho penal”. (2003).

subyace al experimento de encarcelamiento masivo: “...el concepto distintivo de esta racionalidad es el de **riesgo**. Es decir, las nuevas estrategias penales se caracterizan –de manera cada vez más acentuada- como dispositivos de gestión del riesgo y de represión preventiva de las poblaciones que se consideran portadoras de tal característica. No se trata de encarcelar criminales peligrosos, esto es, de neutralizar factores individuales de riesgo, sino más bien de administrar a nivel de poblaciones enteras una carga de riesgo que no se puede (y no se pretende) reducir. La racionalidad que estamos describiendo no es disciplinaria sino actuarial...” (2006: 129).

Es conveniente no dejar de mencionar esta última perspectiva abierta desde el campo criminológico, fundamentalmente porque ha dado pie posterior a una serie de interpretaciones asociadas a la idea de cálculos de aseguración frente al riesgo, que serán analizadas seguidamente bajo la denominación de *Criminología Actuarial*.

2.6. ACTUARIALISMO Y NUEVA PENOLOGÍA

Un primer enfoque criminológico muy difundido en el contexto norteamericano, resulta la así denominada “**criminología actuarial**” o managerial que ha ido configurándose y expandiéndose en los años 80’, y ha sido durante los años 90’ en que sus técnicas han impactado con mayor fuerza en el ámbito anglosajón y europeo-continental (**Nicolás Lazo**, cit: 231).

Esta criminología²⁹ importa el abandono del ideal correccionalista propio del *welfare state*³⁰, y un rechazo de los esquemas teóricos modernos del control del delito. Es que en la penalidad welfarista³¹ el interés de la criminología residía en suministrar explicaciones teórico-empíricas que dieran respuesta a cuáles eran las causas del delito³² y la mayoría de las teorías sociológicas presuponían la transformabilidad del individuo si se le aplican las modalidades de intervención oportunas. (el auge de aquellas teorías “re”³³) Pero, las intervenciones rehabilitadoras welfaristas implican altos costos y ningún resultado (nothing works)³⁴.

La **criminología actuarial** sustituye un modelo basado en las causas del delito atribuibles a un déficit individual, y adopta un nuevo modelo que supone precisamente el rechazo de la focalización sobre los individuos y la causación, hacia una nueva tecnología del poder. Desde el “*proyecto disciplinario*”, entendido en términos foucaultianos como la modalidad de poder que garantiza la docilidad y la utilidad de los individuos mediante técnicas que permiten el control minucioso y la

²⁹ Se sigue principalmente, en este punto el trabajo de **Gemma Nicolás Lazo**, cit. 231 y ss.

³⁰ Al respecto, véase **Garland** (1986 y 2005).

³¹ **Garland**, cit.

³² De las cuales se desprendían diversas técnicas o procedimientos que tenían como finalidad eliminar o reducir las causas que provocan la delincuencia.

³³ Cfr. **Zaffaroni** (1995).

³⁴ Acorde con la ya famosa expresión acuñada por **Martison**, 1974.

intervención en las operaciones del cuerpo y el alma hacia un nuevo modelo de prácticas de control emergente a partir de técnicas de *gubernamentalidad*, dirigidas a colectividades consideradas como conjunto de agregados (**Foucault**, 1986)³⁵.

Pero, debe aclararse que el *actuarialismo* no es meramente la tecnología de gestión de la delincuencia en la “sociedad del riesgo”, sino que es una nueva racionalidad penal fruto del auge del neoconservadurismo o de la nueva derecha en los países occidentales – sobre todo anglosajones-; a partir de las cuales se aboga por la privatización y el aumento de la mercantilización.

En el ámbito criminológico surge, entonces, la sustitución de un discurso social por otro económico, en sus conceptos básicos: racionalidad, maximización, costos y beneficios esperados, arreglos institucionales, intereses especiales, equilibrio y eficacia son también fundamentales para entender, explicar, predecir y combatir de manera efectiva la actividad criminal.

La teoría económica del delito y del castigo, pues tiene como principal objetivo la disuasión en la comisión del delito, mediante la modificación del “precio” del delito para todos los delincuentes, potenciales o reales. Se trata de encontrar las políticas óptimas que minimicen la pérdida social del delito en forma eficiente, es decir, aquellas políticas criminales que maximicen la disuasión para un gasto público limitado³⁶³⁷.

³⁵ **Deleuze** habla del paso de una sociedad disciplinaria a otra del control.-

³⁶ Ello así porque el delito es entendido como una elección racional, y el delincuente es un “amoral” que escoge el delito tras un previo análisis de costos (castigo) y beneficios (del delito). Se trata de un *homo economicus* que habita el mundo de los seguros, donde prima la idea de gestión de los riesgos, se excluye entonces cualquier valoración que no sea la pura racionalidad económica del delincuente (**De Giorgi**, 2000).

³⁷ El impacto que en este aspecto, ha tenido el movimiento de análisis económico del derecho (“*law and economics*”) ha sido más que relevante, y ha tenido su plasmación evidente en el campo de la penalidad a partir de la influencia de **Gary Becker** (1968), premio nobel y

La pena, entonces, no cumple otra función que la de gestionar o manageriar eficazmente³⁸ y a bajo costo una delincuencia que se supone preexistente y normal, y se orienta, pues hacia la incapacitación selectiva, que busca restringir la comisión de delitos, por un tiempo más o menos prolongado, a través del impedimento físico que implica el permanecer en la prisión³⁹.

No resulta desacertado incluir en esta lógica de tipo *weberiana* al enfoque de **Nils Christie** (1993) quien al proponerse analizar la denominada ***industria del control del delito***, señaló: “...los sistema de ley y orden están adaptándose, de forma silenciosa, pero altamente eficiente, a ser hijos de la industrialización. Los valores centrales aquí son la clarificación de metas, el control de la producción, reducción de costos, racionalidad y división del trabajo, todo ello, combinado con la coordinación de todas las acciones a un grado mayor de comando...”.-

Pero, fundamentalmente, esta racionalidad se entronca con el surgimiento de una “**Nueva Penología**”, según la denominación utilizada por **Malcom Feeley y Jonathan Simon**, para describir una lógica actuarial que implica la modificación de los presupuestos básicos de la penología del S. XX.

Describen estos autores la existencia de nuevos discursos, nuevos objetivos y nuevas técnicas. Su lenguaje es actuarial, de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicables a la población, que proporcionarían una forma de visualizar la población en categorías y subpoblaciones según criterios de riesgo. El objetivo de la justicia actuarial es el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como permanente o puntualmente peligrosos

reconocido postulante de esta *racionalidad economicista* en el ámbito jurídico penal a través de su artículo “*Crimen y Castigo: un enfoque económico*”.

³⁸ Se ha afirmado así que la política criminal tan sólo es una técnica para evaluar y manejar la criminalidad casi de la misma forma con que se gestiona el tráfico vial (**Garland**, 2005).

³⁹ En esta dirección, algunos autores han llegado incluso a justificar la pena de muerte, como el instrumento más eficiente en el control del delito (barato y disuasivo).

o riesgosos. La identificación y manejo de estos grupos se realiza por medio de técnicas de vigilancia y control, a través de estadísticas de clasificación y agrupación en base a su potencial desestabilizador⁴⁰.

En este punto, se destaca que la justicia actuarial no piensa en términos de culpabilidad sino en términos de riesgo. Por este motivo, se persigue más la pertenencia de un individuo a un determinado grupo social, previamente clasificado como riesgoso, que conductas o hechos concretos constitutivos de delito⁴¹.

El *actuarialismo* pretende el funcionamiento del sistema con un mínimo costo y elabora estrategias que permitan un control rentable del riesgo. La justicia actuarial, igual que todos los sistemas de control del delito, requiere credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía o comunidad para permitir un funcionamiento estable y un control de la delincuencia efectivo (Lea, 2004). La estrategia actuarial pretende su legitimación ante la población mediante la difusión de un discurso, repleto de contenido simbólico, de peligrosidad social, de grupos y zonas de riesgo, etc.

Sebastian Scheerer (2000) por su parte, ha destacado que el *managerialismo* es una expresión clara de la “*sociedad de control*” en terminología *deleuzeiana*, que no se preocupa de mejorar al individuo – como la antigua lógica resocializadora- sino tan sólo de gestionar, y en el marco de la cual, la *criminología* se ha transformado en un tema del discurso generalizado de análisis de la implementación de políticas públicas y la gestión de situaciones más o menos problemáticas.

⁴⁰ El objetivo es perfilar medidas que neutralicen el riesgo confiando en la capacidad predictiva de los métodos estadísticos. En estos procesos de identificación, clasificación y manejo, la informática y las nuevas tecnologías constituyen un indispensable instrumento para el almacenaje y procesamiento de datos (perfiles, antecedentes delictivos, educación, lugares de residencia, etc.), y para una más eficaz vigilancia y control.

⁴¹ Lea (2004) afirma que los pobres son concebidos como la nueva “clase peligrosa” generadora de riesgos. Los problemas sociales aparecen como cuestiones delictivas, al mismo tiempo que el delito se funde en problemas más amplios de riesgo y de seguridad.

Claro está, como expresa **Anitua** (2005), que la mayor expresión actual de esta cultura punitiva tecnocrática y administrativa resulta la denominada “*teoría de la incapacitación selectiva*”, desarrollada por **Peter Greenwood y Allan Abrahamse**, y que en base “...*al cálculo probabilístico y la distribución estadística, propone que la extensión de sentencia no dependa de la naturaleza de la ofensa o de la evaluación del carácter pasado y presente del ‘delincuente’, sino de especiales perfiles de riesgo...*” (512); que aunque por costosa y compleja, ha resultado suplantada en las prácticas penales norteamericanas recientes por la más económica y demagógicamente represiva, teoría de la *incapacitación colectiva*, dirigida ya a amplios grupos de personas (515).

El impacto de esta lógica actuarial seguramente lo será menos en términos de instrumentación efectiva de sus estrategias y técnicas calculadas, que en otro plano vinculado pura y directamente a las culturas institucionales; plano por demás relevante en tanto configura un nuevo modo de pensar la gestión del problema criminal que, elude la necesidad de relegitimarse en función de objetivos externos, es decir de satisfacción de objetivos socialmente útiles (por caso, la prevención de delitos, la resocialización, etc.), y se asienta preponderantemente sobre una lógica intrasistémica o autopoietica ligada al mero alcance de objetivos intra-institucionales, y por ende, de corte puramente tecnocrático (optimización de recursos, productividad, respuestas institucionales a término, etc.).

Este aspecto, es de singular relieve para analizar las reacciones que las instancias y corporaciones del sistema penal (policial, judicial, penitenciaria) adoptan, frente a la creciente deslegitimación de sus tradicionales funciones sociales y permanente jaqueo a su actuación- en clave burocrática y puramente auto preservante.-

2.7. TOLERANCIA CERO

El problema criminal y otros tantos que se presentan en el orden social actual, parecen ser mágicamente solucionados con la mera enunciación de un slogan de difusión global: *tolerancia cero*.

A esta fórmula se acude desde diversos sectores e “*ideologías*” políticas en distintos contextos culturales con el objeto de propiciar espacios de orden y/o de seguridad⁴². Es oportuno preguntarse sobre el origen de esta expresión tan difundida.

Al respecto, en su específica obra sobre el tema, **Alessandro De Giorgi** (2005: 156 y ss.), ha señalado con total acierto: “...<<Zero Tolerance>> es, en realidad, algo que resulta difícil de definir: es más una nueva retórica política, casi una tendencia subcultural o una filosofía popular, que una estrategia específica de política criminal...”.-

Para explicar su origen, el autor recuerda la difundida teoría de las <<Broken Windows>>, desarrollada por **Kelling y Wilson**⁴³, quienes proponían un ligamen estrecho entre *simple degradación urbana y criminalidad*.

Así, afirmaban que cuanto más degradado aparezca un ambiente urbano, abandonado a sí mismo, reducido a territorio de comportamientos <<desviados>> o incluso propiamente criminales, tanto más probable resultará que en aquel contexto determinado se manifiesten, antes o después, formas más graves de transgresiones⁴⁴.

La tesis de las “*ventanas rotas*”, puede ejemplificarse del siguiente modo: si una ventana de un edificio en desuso es rota por

⁴² Apunta, **De Giorgi**, en el caso italiano que tanto la *derecha* como la *izquierda* pronuncian: “...casi una fórmula mágica, una invocación cuya resonancia abre las puertas doradas de la seguridad, del orden, del decoro: *tolerancia cero*...” (2005, cit. 155). Y agrega, “...*De la droga a la microcriminalidad, a la pedofilia, al abandono y fracaso escolar: zero tolerance va bien para todo.*” (cit. 156).

⁴³ En <<Broken Windows>>: *The police and Neighbourhood Safety*>> en *Atlantic Monthly*, 1982, pp.29-38. Traducción al castellano de *Fridman*, en *Delito y Sociedad*, n° 15, 2001: 67-79.

⁴⁴ Conf. **De Giorgi**, cit. 157.

alguien, y no se repara de forma urgente, rápidamente todas las demás ventanas serán destrozadas y, en algún momento, alguien entrará con malas intenciones en el interior del edificio y, poco tiempo después, todo el edificio se convertirá en escenario de comportamientos vandálicos (cit.: 157).

La consecuencia de esta teoría es la necesidad de una estrategia político-criminal que implique una enérgica intervención policial preventiva. Pero, no ya sobre la criminalidad más grave sino sobre los comportamientos que aún no constituyen propiamente delitos aunque resultan molestos, ofreciendo una imagen deteriorada de la ciudad: los graffitis, el pedido agresivo de limosnas, la insistencia de quienes lavan los vidrios de los autos en los semáforos, la prostitución callejera, la embriaguez en lugares públicos, etc., etc.

Esta incipiente y precaria postulación teórica, fue retomada en el ámbito político al resultar elegido alcalde de New York en el año 1994, **Rudolf Giuliani. Guliani** sostuvo su campaña electoral en la cuestión de la criminalidad, de la seguridad y de la recuperación de la degradación urbanística de la ciudad. Declara la guerra a la delincuencia callejera, a la droga, a las bandas, a la violencia de los jóvenes en general, y anuncia el renacimiento de la calidad de vida basada en la restauración del orden, del decoro urbano y de la seguridad.

Con este objeto, direcciona el presupuesto hacia la agencia policial y nombra como Jefe del *New York Police Department (NYPD)* a **William Bratton**, quien ya había conducido una sensacional operación de *tolerancia cero* en el servicio de transporte subterráneo de New York, área de altas tasas de delincuencia (ob. cit.: 159/160).

De modo tal que se ponen en práctica una serie de medidas que fueron anunciadas como <<victorias>>: a) “*reconquista del metro de New York para los ciudadanos*”, alejando a los *homeless* y limpiando todos sus *graffits*; b) remoción del *squeegeeing* (lavado abusivo de

vidrios de vehículos en los cruces de calles y semáforos de la ciudad) y el pedido de *limosnas agresivas*, a través del arresto en sustitución de la multa impaga, c) *un triple de identificaciones sospechosas*, d) un descenso del 19% de los homicidios y 15% en el robo de vehículos, un 30% en el total de delitos, y e) un incremento en la percepción de seguridad de los habitantes de la ciudad de New York.

Sin embargo, más allá del exhaustivo control sobre las incivildades, la relación directa del descenso criminal con la política de “tolerancia cero” está puesta severamente en duda (**De Giorgi**, 2005; **Young**: 2003). Por un lado, ya antes de la implementación de “tolerancia cero”, se verificaban descensos en las estadísticas criminales en New York. Por otra parte, este descenso de la criminalidad callejera, fue un proceso que se verificó en forma análoga casi todos los estados de los EEUU al mismo tiempo, muchos de los cuales no pusieron en práctica ni ejecutaron las denominadas políticas de tolerancia cero (*idem*).

Pero de otro lado, el proyecto “*tolerancia cero*”, sí ha generado enormes costos en términos de derechos civiles. Durante el período 1994-1997, se produjo un incremento del 50% de las demandas de resarcimiento de daños causados por las persecuciones violentas efectuadas por el Departamento de Policía de New York. En igual período se produjo un incremento del 41% de las denuncias penales con el DPNY por abusos cometidos durante las operaciones policiales, un 35% de incremento del número de civiles muertos por el DPNY durante sus operaciones, un aumento del 53% de personas fallecidas en “circunstancias sospechosas” durante la custodia de la policía, en tanto que los resarcimientos abonados a civiles por violencia cometida por el DPNY pasaron de 13,5 millones de dólares a 24 de la misma moneda

(De Giorgi, 2005:169⁴⁵; Re, 2007). Por último, también se destaca que la gran mayoría de las personas, víctimas de esa violencia resultaron ser jóvenes de entre 14 y 17 años (idem: 170-171).-

Alejado de la perspectiva de **De Giorgi**, desde un tono de carácter divulgativo, un analista muy conocido de la lógica de la *tolerancia cero en los Estados Unidos de America* y su impacto en otros horizontes geográficos, ha sido **Loic Wacquant** quien ha colegido que las actuales “**Cárceles de la miseria**” –acorde al título de su obra más renombrada en el campo de la penalidad- implican concebir a la *estrategia penal como gestión de la pobreza, y en la cual el “Estado Penal” viene a sustituir el retiro del “Estado Social”*. (Wacquant 2000).-

Señala en concreto cómo en los EEUU la consagración del “Estado Penal” liquidó toda forma de asistencialismo propia del *welfare state*, y desarrolló un proyecto político criminal emblemático: la **tolerancia cero**, encabezada por el alcalde de Nueva York, Rudolf Guiliani en 1993 y que implicó la *in-tolerancia* frente a las incivildades, provocando el espasmoso ascenso de la violencia policial y del encarcelamiento de los sectores marginales.

Esta racionalidad de consolidación de un Estado Penal –en desmedro de las intervenciones asistenciales de grupos socialmente vulnerables- resultaría objeto de un exitoso traslado que vendría desarrollando hacia el contexto europeo, y paulatinamente al latinoamericano (idem).

⁴⁵ Hace referencia **De Giorgi** a un informe de Amnistía Internacional en el que se da cuenta que: - la sospecha de prácticas abiertamente racistas por parte del DPNY: el 75% de aquellos que denuncian violencia por parte de la policía está constituido por afroamericanos o latinoamericanos, contra un 21% de blancos; en cambio se invierten las proporciones si se analizan los policías involucrados en los abusos: 69% se trata de blancos, 17% latinoamericanos y 12% de afroamericanos; - la existencia de un código de silencio en el interior de la DPNY (alimentado por el propio Bratton) que ha garantizado la impunidad de los responsables (2005: 170).-

Por otra parte, investigaciones académicas de relieve y con referencias particulares a los procesos de encarcelamiento masivo concretados en los Estados Unidos en los últimos años, refuerzan de algún modo el argumento de **Wacquant**, y también enlazan dicho incremento con la sustitución por parte del Estado neoliberal de políticas sociales por políticas penales.

En esa línea pueden incluirse, las afirmaciones efectuadas por **Catherine Beckett y Bruce Western** (2001) quienes sostienen que los grandes *sistemas penales*, como contrapartida, se verifican en *sistemas de bienestar débiles*. A pesar de lo sugerente de la tesis y su vinculación innegable de las políticas penales con los modelos socio-políticos de gobierno, no debe dejar de destacarse que esta posición es objetable por las experiencias corroborables de estados de bienestar sólidos, con decrecimiento en los índices delictuales y altas tasas de encarcelamiento, y/o viceversa⁴⁶⁴⁷.

⁴⁶ Al respecto, ver el trabajo de **Young**, cit.

⁴⁷ En esa lectura socio-estructural se alinea, **David Downes** (2001), quien analizando idéntico proceso de hiperencarcelamiento, señala que a su entender, las economías de mercado generan altas tasas de delitos y altos niveles de castigo. Por similares razones a las antedichas y meras comparaciones históricas, puede afirmarse que el argumento es endeble, a punto tal que el propio **Downes** lo refuerza acudiendo a elementos vinculados a la utilización desde el aparato político de una cultura punitiva populista en los términos que se expondrán por **David Garland**, línea en la que pueden sumarse con sus matices distintivos los aportes de **J. Simon** (2001) y **J. Pratt**, (2001) a los que también se hará referencia *infra*.

2.8. SISTEMA PENAL Y EXCLUSIÓN SOCIAL

En similar dirección, desde una caracterización teórica más acabada como la de la “*sociedad excluyente*”, propia de la modernidad tardía, **Jock Young** (2003) pretende aportar una explicación materialista de los cambios dramáticos que tuvieron lugar en los niveles del delito y en la naturaleza de la desviación y el desorden -sustentada en la complejidad del tránsito de una sociedad fordista a otra postfordista y una agigantada versión de la teoría de la privación relativa- lo que derivó en la afirmación de aquella *criminología de la intolerancia* que consagró un escandaloso *encarcelamiento masivo* (1996 y 2003).

En efecto, el autor inglés, analiza el tránsito de una sociedad de inclusión a otra de exclusión que ubica temporalmente desde la Golden Age hasta la crisis de los años 70' en adelante (de la modernidad a la modernidad tardía), desde un mundo cuyo acento estaba en la asimilación y la incorporación hasta uno que separa y excluye. (idem)

Afirma que es un mundo donde las fuerzas del mercado que transformaron las esferas de producción y consumo, han desafiado nuestras nociones de seguridad material y valores no cuestionados, que han sido reemplazados por un mundo de riesgo e incertidumbre, de opciones individuales y pluralismo; de una precariedad profundamente arraigada, tanto económica como ontológicamente. Una combinación explosiva de inseguridad progresiva más demandas crecientes (idem).

Las fuerzas del mercado han hecho que nuestra identidad sea precaria, nuestro futuro poco seguro, generando un aumento constante de nuestras expectativas como ciudadanos, un profundo sentido de reivindicaciones frustradas y deseos no cumplidos. (2003)

Señala el autor que la época moderna se vio a sí misma en el buen camino para resolver el problema de una comunidad de intereses, pero no podía hacer frente a la diversidad; la época *tardomoderna* exalta las *diferencias individuales*, pero no puede hacer frente a las diferencias de intereses materiales que existen entre los ciudadanos. El problema está en la contradicción fundamental de la democracia-liberal, es decir, entre un sistema que se legitima en cuanto a igualdad de oportunidades y recompensas por méritos, pero que a su vez no es igual y enormemente no meritocrático en su estructura. En los EEUU, como ejemplo representativo el 1 x 100 de los individuos son dueños de un tercio de la riqueza y a grandes sectores de la población se les niega el acceso al mercado de trabajo primario. *Esta es una situación totalmente criminógena que genera o favorece ineluctablemente la posibilidad de encarcelamientos masivos* (idem).

El aumento actual en la población carcelaria continua en ascenso sobre la base del incremento crónico del delito que tuvo lugar en todo el mundo occidental en la tardía época moderna. *Esto constituye un resultado directo del incremento de la tasa de privación relativa junto con un individualismo acrecentado, todo lo cual ha sido engendrado por las economías de mercado contemporáneas* (idem).

Una última reseña que me parece importante mencionar. Expresa **Young** que una graduación de inclusión y exclusión de esta envergadura engendra tanto una *relativa privación crónica entre los pobres* que da pie al *delito*, como una *ansiedad precaria entre aquellos que son más ricos*, lo cual sirve como caldo de para la *intolerancia y la punición de los delincuentes*. Entonces, pues *delito y castigo* provienen de la misma raíz (idem).

Es decir, tanto las causas de la violencia criminal como la respuesta punitiva a la misma surgen del mismo lugar. La violencia obsesiva de las bandas machistas callejeras y la obsesión punitiva del

ciudadano respetable son similares no sólo en su naturaleza sino en sus orígenes: la dislocación del mercado laboral: - por la lado, la de un mercado que excluye la participación como trabajador pero que anima a la voracidad como consumidor; - por otro, la de un mercado que incluye pero sólo de modo precario. Ambas frustraciones son articuladas deliberadamente en forma de *privación relativa*.

A su vez, **Roberto Bergalli**, el introducir la analizada obra de **Young**, ha señalado la conformación de un nuevo paradigma criminológico de la *exclusión social*, al referirse en particular, a las nuevas racionalidades punitivas acordes al *modelo postfordista*, el cual supone la exclusión de nuevas y vastas franjas que pretenden incorporarse a las sociedades post-industriales. *Este nuevo modelo*, sostiene, requiere de un sistema penal duro y eficaz que complete la tarea excluyente, en el marco de una sociedad dual producto del sistema de economía planetaria globalizada de enorme concentración de la riqueza en pocas manos y vasta difusión de la miseria, y que hace que los excluidos resulten las *nuevas clientelas de los sistemas penales* (2003).-

El citado autor francés **Loic Wacquant** (2001) por su parte, para ilustrar gráficamente las características selectivas y excluyentes de los sistemas penales actuales, evocó un ejercicio de asimilación entre el <<gueto>> y la <<prisión>>. En el marco del Estado neoliberal, *el gueto y la cárcel* no sólo se retroalimentarían con componentes de la misma franja poblacional sino que, a su vez, se asimilarían, en tanto presentarían como características comunes el hecho de encontrarse ambos separados de la ciudad y rodeados por fronteras o muros, con enormes dispositivos de vigilancia o custodia policial o militar.

En sentido más complejo, **Alessandro De Giorgi** (2006) realiza también una visión materialista de la penalidad. En esa dirección relaciona estrechamente el nuevo régimen de producción y movilización

laboral -y en general *el modelo de acumulación postfordista*- con la proliferación de innovadoras formas de control sobre *la multitud*. Y aún más en particular, los asocia con la multiplicación de los dispositivos de segregación y vigilancia en el propio espacio urbano (la <<*metrópolis punitiva*>>), y el nuevo encarcelamiento de masas (de los <<grupos de riesgo>>) como formas de *gobierno de la excedencia*.

A partir de una relectura no determinística⁴⁸ de la *economía política de la pena*, del concepto de *excedencia* y de la noción propuesta por **Michael Hardt y Toni Negri** (2002) de *multitud*, sugiere el tránsito de una *disciplina de la carencia* propia del régimen de producción fordista (con pretensiones positivas, productivas, transformadoras) a una tendencia –aún no consolidada- del *control o gobierno de la excedencia*, de mera vigilancia, de limitación, de neutralización de esa *excedencia*, propia de las transformaciones económicas *postfordistas* (2006).

2.9. POPULISMO PENAL

Por fin, puede afirmarse como hace **David Garland** que, en el marco del surgimiento de una nueva cultura del control del delito, se inserta un cada vez más presente “**Populismo punitivo**”⁴⁹.

⁴⁸ Funda esta relectura en la propuesta por **Melossi**, ver punto 2.10.-

⁴⁹ La expresión es tomada del contexto anglosajón, al respecto véase por **Anthony Bottoms** en su trabajo “The philosophy and politics of punishment and sentencing” en **Clarke-Morgan** (1995) “The politics of sentencing reform”. Oxford: Clarendon. Un amplio análisis en la monografía de **John Pratt** (2007). Una descripción del fenómeno en el ámbito anglosajón en **Garland, D.** (2005). Para el caso español con referencias a las normas modificadas, véase el trabajo llevado a cabo por el Observatori del Sistema penal i les drets humans: “El Populismo Punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005)”, publicado en *Quaderns de Barcelona, Ciutadania i Drets*, Barcelona, 2005; y también **Muñagorri Laguía, Ignacio**, (2005) “Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía” en **Rivera Beiras, I.** (coord.) *Política Criminal y Sistema Penal*. Barcelona: Anthropos: 433-455.

En efecto, además de subrayar el retorno hacia formas “expresivas” de la justicia, **Garland** destaca los cambios en el tono emocional de la política criminal, y de los discursos públicos sobre el delito y el castigo.

Afirma que desde la década del 70', el **temor al delito** ha venido adquiriendo una mayor relevancia, pasando de una ansiedad situacional y localizada, que afectaba a los individuos y vecindarios en peores condiciones, a un problema social fundamental y una característica de la cultura contemporánea. Esa sensación de un público temeroso y resentido ha tenido un fuerte impacto en el estilo y el contenido de las políticas públicas en los últimos años, redramatizándose el delito. El nuevo discurso de la política criminal invoca sistemáticamente un público lleno de ira, cansado de vivir con temor, que exige medidas fuertes de castigo y protección⁵⁰.

A su vez, ello ha provocado el *regreso de la víctima al centro de la escena en la política de la justicia pena*⁵¹. El nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deben poder expresar su ira y debe haber respuesta a sus temores.⁵² Su figura simbólica ha cobrado vida propia y cumple un papel en los debates políticos y en los argumentos sobre políticas públicas, su experiencia se considera como una experiencia común y colectiva, en lugar de otra individual y atípica.

⁵⁰ A su vez, es interesante destacar el aporte de **Jonathan Simon** (2001), quien establece una vinculación entre *miedo al delito, actitudes punitivas y demandas de penalidad*. Muy brevemente puede afirmarse que enfatiza, específicamente en cómo a partir de los años 80 en los EEUU la cuestión de la seguridad, del miedo al delito creció desmesuradamente, logrando atraer la atención pública, y ello generó entonces el incremento en las tasas de encarcelamiento a raíz de una demanda de más penalidad.

⁵¹ Los intereses y sentimientos de las víctimas se invocan rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva (ver punto 4.2.).

⁵² Se asume un juego político de *suma cero*, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar “de parte” de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes (ver punto 4.2.).

Amén de ello, otra ruptura significativa con las prácticas del pasado es que la política criminal ha dejado de ser un asunto bipartidista que puede delegarse en expertos profesionales y se ha convertido en un asunto medular en la **competencia electoral**. Las medidas de política pública se construyen de una manera en que se valora el beneficio político y la reacción de la opinión pública por encima del punto de vista de los expertos y las evidencias de las investigaciones. Esto es, se basa y defiende la autoridad de “la gente”, del “sentido común”, de “volver a las bases”. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de la “víctima” y de los temerosos y ansiosos miembros del público⁵³.

La **politización del control del delito** ha transformado la estructura de relaciones que conecta el proceso político y las instituciones de la justicia penal. Los legisladores están más involucrados en la toma de decisiones en la materia y al cálculo del efecto político de corto plazo. Esto constituye una marcada reversión del proceso histórico por el que el poder de castigar se fue delegando, en gran medida, a expertos y administradores profesionales⁵⁴.

Por su parte, **John Pratt** (2001), focaliza su análisis en lo que llama una **penalidad ostentosa y emotiva**, regada por un vocabulario generador de sensibilidades en el público proveniente desde los

⁵³ En este aspecto, ver **Zimring, F.** (1996): *Populism, Democratic Government, and the Decline of Expert Authority: some reflections on “Three Strikes” in California*. Destaca el autor que se promueve la utilización de frases altisonantes: la prisión funciona, tres golpes y afuera, la verdad en la condena, prisiones sin lujos, condenas adultas para delitos adultos, tolerancia cero, duro con el delito duro con las causas del delito.

⁵⁴ Pero el autor llama la atención sobre un punto fundamental: la “politización” podría sugerir una polarización de las posiciones, pero la forma populista que ha adquirido la política penal ha tenido el efecto exactamente opuesto. Lejos de haber una diferenciación de posturas en materia de política criminal, lo que realmente ha sucedido en las décadas de 1980 y 1990 es el empobrecimiento del debate y una llamativa convergencia de propuestas políticas entre los principales partidos políticos. El centro de la gravedad política se ha corrido y se ha formado un nuevo consenso rígido en torno de medidas penales que se perciben como duras y agradables por parte del público (ver, punto 4.1.).

sectores políticos y que se emparenta con ciertos caracteres particulares que hacen pensar en un **retorno a la premodernidad**: Una débil autoridad central, escasos vínculos comunitarios, reemplazo de la racionalidad penal por el recurso a mitos, fantasías y miedos sobre el delito, los generadores de opinión no resultan grupos de expertos sino figuras populistas⁵⁵. Por último, el recurso a la publicitación del castigo⁵⁶, de modo tal que puedan cumplirse los efectos simbólicos de esas políticas de corte ostentoso y emotivo.

Más actualmente, en sugerente tesis, el ya mencionado **Jonathan Simon** (2006 y 2007) sostiene que: “...*las sociedades industriales avanzadas (particularmente los Estados Unidos) no están experimentando una crisis del delito y del castigo sino una crisis del gobierno que los ha conducido a priorizar al delito y al castigo como los contextos principales para el ejercicio de ese gobierno...*”. E inmediatamente, continúa su análisis: “...*Me refiero a este fenómeno como ‘gobierno a través del delito’... gobernamos a través del delito en la medida en que el delito y el castigo se vuelven las ocasiones y los contextos institucionales que empleamos para guiar la conducta de los otras (y aún la nuestra)...*” (2006:78⁵⁷).

Pero ello no se explica simplemente por el incremento de las tasas delictivas o la influencia del conservadurismo, sino más bien se asocia al vacío provocado por la crisis y el declinar de otro modelo de gobierno precedente sustentado en estrategias tales como el keynesianismo, el fordismo, el colectivismo y lo social (idem).

⁵⁵ Por ejemplo, la ley californiana de *Three strikes and you are out*.

⁵⁶ Tal como sucedía en la época premoderna.

⁵⁷ Cita previamente a **Foucault**, indicando que: “...El ejercicio del poder consiste en guiar las conductas posibles y ordenar los resultados probables. Básicamente el poder es menos una confrontación entre dos adversarios o una vinculación de uno al otro que una cuestión de gobierno ... Gobernar, en este sentido, es estructurar el posible campo de acción de los otros...” (1982:220).-

Ahora bien, concluye críticamente **Jonathan Simon**, señalando en sus conclusiones que *gobernar a través del delito* como forma de gobierno no sólo resulta *demasiado costosa*, sino que *no funciona* e impide el *desarrollo de otras formas alternativas de gobierno*, amén de resultar en sí, *corrosivo para la democracia* (idem: 87-89). En este último aspecto, señala: “...*el delito y el miedo al delito continúan conduciendo a niveles más profundos de aislacionismo suburbano. La forma metropolitana emergente, con su combinación de un centro urbano colapsado y zonas suburbanas de la ciudad dispersándose sin control, con sus superposiciones de razas y demonización, constituye un desafío directo al ideal de nacionalidad democrática. No podemos pretender que nuestros problemas urbanos reales desaparezcan, pero podemos hacer elecciones reales entre las diferentes orientaciones para gestionarlos. El delito continuará siendo un problema urbano importante por largo tiempo como para que no nos importe qué hacer con él. Pero gobernar a través del delito reproduce las mentalidades y estrategias que nos han ayudado a llegar a esta difícil situación. Con las elecciones políticas correctas podríamos comenzar a cambiar esas mentalidades y estrategias mañana...*” (90).-

Por último, **Simon Hallsworth** (2006) ha sugerido repensar el giro punitivo a partir de lo que denomina una ***economía del exceso***. En efecto, buscando trascender más allá de una lectura que se asienta sobre el eje de la profundización de la modernidad a efectos de captar las dimensiones de la penalidad contemporánea, bucea en la noción de desmesura, de exceso, como característica impropia de la modernidad.

Así, se refiere a aquellas lecturas: “...*aunque puede ayudar a explicar cómo las soluciones punitivas pueden evolucionar de tendencias racionalizantes propias del Estado moderno, lo que esta tesis no puede explicar es la profunda contribución que las elites políticas han*

tenido en construir una cultura política que conduce a todavía mayores grados de represión...” (58).

Para ello, se afirma en aquello que **Garland** (2005) identifica como una *criminología del “otro”*, que sugiere la disolución de la medida penal moderna (*una economía restringida*) a favor de una retórica punitiva de la violencia (*economía del exceso*).

En este aspecto, sostiene **Hallsworth**: “...con el surgimiento de la ‘*criminología del otro*’ estamos evidenciando la destrucción de la *economía restringida* alrededor de la cual los sistemas penales modernos evolucionaron...” (cit.:71), para concluir: “...las sociedades occidentales están presenciando la reorganización de sus sistemas penales alrededor de la misma ‘*economía del exceso*’ que la modernidad buscó superar en el proceso de su desarrollo...” (cit. 58 y 71).-

2. 10. CRISIS POLITICO-ECONOMICAS Y VOCABULARIOS PUNITIVOS

Desde otro ángulo, es por demás interesante la referencia hecha por el mencionado **Dario Melossi**, en torno a las *representaciones de la penalidad y la percepción de las elites morales en los momentos de crisis política y económica* (1987, 1992, 1995, 2006).

En concreto, afirma que existe una correspondencia entre períodos de crisis económica y social y difusión de *vocabularios de motivos orientados a la punición*, según el uso otorgado a este término por **Writgth Mills** (1940).

Parte de la asociación existente entre variaciones de las tasas de encarcelamiento y las transformaciones en el campo de la economía, y por fuera de las variaciones que puedan producirse en las tasas de criminalidad (1992).-

No obstante, afirma, diferenciándose de las tesis marxianas clásicas como la sostenida por **Georg Rusche** y **Otto Kirchheimer** en el famoso *Pena y Estructura Social* (1939) que “...desde esta perspectiva, la relación entre el encierro carcelario y el cambio económico no habría de ser interpretada desde un punto de vista economicista, como si la asociación estadística entre los indicadores señalara de por sí una relación causal entre la economía y el castigo...” (1992:51).

En cambio, agrega “...es la preservación del status quo lo que, usual aunque indefinidamente, está relacionado con el estado de la economía, y es a esta comprensión política del cambio económico, descrita por los teóricos de los ciclos políticos (**Kalecki**, 1943; **Boddy & Crotty**, 1975) a la que debemos recurrir para entender la relación entre la economía y el castigo...” (idem).-

Así, sugiere que las *élites morales* operan para controlar una situación que perciben como amenazante para las bases políticas, socioeconómicas y culturales que ellos identifican con la defensa y promoción de la propia hegemonía. Textualmente, expresa: *“...De acuerdo con este análisis, podría ser presentado el punto de vista según el cual los proyectos de reforzamiento de los castigos son parte integrante de proyectos más generales de disciplinamiento social, ligado a la percepción de inestabilidad de las élites sociales y morales, percepción que se ve generalmente (aunque no necesariamente) reforzada por la situación económica...”* (idem)

De tal modo, subraya que: *“...Es a estos mensajes ‘de arriba’ a los que da respuesta la acción colectiva de los miembros de los sistemas de justicia penal y punitivo. Desde su punto de vista, el nexo entre el cambio económico y el cambio penal no es sino un caso especial del nexo más amplio entre la percepción de cierto grado de inestabilidad y el cambio en el seno de las políticas penales, toda vez que los indicadores económicos pueden ser considerados como indicadores de una situación de inestabilidad...”* (51).-

En definitiva, la activación de esta dinámica de *mediación* entre *ciclo económico* y *ciclo punitivo* puede ser atribuida a tales *élites del poder*, que a través de un uso estratégico de los mass-media, alimentan una *verbalización punitiva de los problemas sociales vinculados a la crisis económica*, favoreciendo así un consenso difuso respecto a la autoridad encargada de la lucha contra el delito y distrayendo la atención del público de los factores estructurales que determinan la situación. (2006)

El problema también puede ser tratado en estos términos: situaciones de malestar económico, de precariedad de las condiciones sociales y de trabajo, de elevado desempleo, originan un difundido

sentido de precariedad⁵⁸ que las agencias de control orientan hacia fenómenos específicos que, si bien son contingentes, resultan inmediatamente percibidos por la opinión pública.

Es decir, podemos afirmar que en estos períodos los desviados asumen el papel de enemigos hacia los que catalizar los sentimientos de la inseguridad, que de otro modo se correría el riesgo que fuesen expresados en forma peligrosa para el sistema y su estabilidad. (2006)

Por tanto, el incremento en la severidad del castigo -haciendo caso omiso de las tasas de comportamiento delictivo de los registros oficiales- depende, en buena parte, del manejo ideológico que estas elites legales, políticas e ideológicas hagan en los períodos de inestabilidad social y política (1992).

⁵⁸ Un vocabulario de la inseguridad, según **De Giorgi**, (cit.).-